gefallenen Boden, auch alsdann zu repariren, wenn gleich dieserwegen kein Pactum existiren solte, dieses Pactum aber durch das Zeugniß des in Eid und Pflicht stehenden Zimmermeisters hinlänglich erwiesen ist, also behält es bey dem abgegebenen Bescheide lediglich sein Bewenden.,,

Die Beklagtin wandte sich darauf an die Königl. Hannöversche Justitzcanzley, und diese hielte dafür, daß der Keller allerdings das Prædium serviens sey, da selbiger Klägers Haus träget. Nun sind die mehreste Rechtslehrer der Meynung, daß derjenige, welchen die Servitus oneris ferendi beschweret, auf seine Kosten die Mauer oder den Balken, worauf des Nachbarn Haus ruhet, in gehörigen Stand setzen müsse, wenn solcher schadhaft worden (a). Hat dieses seine Richtigkeit, so ist es eine Exception von der Regul, quod servitus non consistit in faciendo, welche einen Beweis erfordert. Der L. 33. ff. de servitutibus prædiorum urbanorum und der L. 6. §. 2. ff. Si servitus vindicetur sollen ihn enthalten. Aber beyde setzen ein Pactum voraus, welches den Herrn des Prædii servientis verbindet, seine Mauer oder Wand in baulichen Stande zu erhalten. Der L. 33. redet ausdrücklich von dem Fall, Si in lege ædium ita scriptum esset, paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit, und in L. 6. §. 2. ist die Frage von eben den Fall, si servitus oneris ferendi causa ita est imposita, ut & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Ueber diese Gesetze commentiret NOOT ad ff. Tit. de Servitutibus prædiorum urbanorum also: Qui debet jus oneris ferendi, tenetur ad parietis refectionem eo *quod in lege ædium* ita esset scriptum, parietis oneris ferundo uti nunc est, ita sit, eaque formula postulat eum parietem oportere esse in perpetuum, nec tamen hac agitur, ut in perpetuum idem paries æternus esset, quod ne fieri quidem potest, sed uti ejusdem modi in perpetuum esset paries oneri ferundo idoneus, quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem præberet, qui onus suum sustineret, si ea res quæ servit, & tuum onus ferret,

 perif-

CLXV. Bedenken.

Der den Municipalstädten gebührende Schoß gehöret, nach entstandenen Concurs, in die erste Classe der Gläubiger.

Die Tributa publica gehören zwar ausser Zweifel in die erste Classe der Gläubiger (a). Ob aber auch ein solches von dem Schoß zu behaupten, welcher den Stadtobrigkeiten entrichtet wird, ist Zweifeln unterworfen, weil ihnen gemeiniglich kein Jus fisci zustehet (b), und dergleichen Steuren nicht unmittelbar zum gemeinen Besten des Landes verwendet werden. In Sachsen ist die Frage mit einiger Limitation für die Städte entschieden (c). In den Chur-Hannöverschen Landen mangelt aber eine solche Verordnung. Ich vermeyne jedoch mit den mehresten Rechtslehrern (d), daß auch bey uns eben das Recht den Stadtobrigkeiten zustehet. Der Staat kan unmöglich erhalten werden, wenn man nicht auch für das gemeine Beste der Städte sorget, und zu deren Erhaltung die Bürger mit gewissen Steuren beleget. Diese Befugniß üben die Unterobrigkeiten, kraft einer Conceßion des Landesherrn (e). Dadurch wird die Wohlfarth des Landes sowohl befördert, als durch die der Landesherrschaft entrichtete Steuren (f), daher zu vermuthen, daß der Gesetzgeber nicht weniger jene, als diese, bey entstehenden Concursen, vor andern Schulden abgeführet wissen will.

(a) L. 1. Cod. Si propter publicas pensitationes &c. WISSENBACH *ad Cod. Lib. IV. Tit.* 46. J. S. STRYK *de Prælatione dotis & fisci mutua in concursu creditorum Cap.* 3 §. 6. 8. *Cap.* 4. §. 10.

(b) Dieser Rechtlichen Bedenken *II.* Theils *LXXIV.* Bedenken, *pag.* 282.

(c) CARPZOV *Part. I. Const.* 28. *Def.* 52.

(d) BERGER *E. D. F. pag.* 1403. J. S. STRYK *d. l. Cap.* 3. §. 10. LUDOVICI Einleitung zum Concurs-Proceß *Cap.* 10. §. 24. LEYSER *Spec.* 482. *Med.* 3.

(e) J. S. STRYK *d. l. Cap.* 3. § 6.

(f) Tributa, quæ civitati municipali debentur, æque sunt tributa, atque ea, quæ principi debentur, dum ad utilitatem publicam pertinent, & ideo utilitas publica est præferenda privatæ MARA *de Concursibus creditorum Lib. II. Tit.* 3. *num.* 5.

CLXVI. Bedenken.

Eine ohne Unterschrift der Eheleute verabredete und niedergeschriebene Ehestiftung, vermöge welcher längst Leib längst Gut gelten, und einer des andern Erbe seyn soll, hat verbindliche Kraft, wenn sie gleich nicht für fünf Zeugen errichtet ist.

In der zwischen einem Hannöverschen Bürger und eines Bauren Tochter errichteten Ehestiftung war versehen, daß nach beschrittenen Ehebette, längst Leib längst Gut, einer des andern Erbe seyn solle. Als der Mann ohne Kinder mit Tode abgieng, fochte seine Schwester selbige an, und forderte von der hinterlassenen Wittwe die Herausgabe des Nachlasses ihres Bruders. Selbiger kam zu statten 1) daß da die Eheleute sich zu Erben eingesetzet hatten, die Ehestiftung in vim ultimae voluntatis errichtet zu seyn schiene, welches vor fünf Zeugen geschehen muß, deren nur vier zu der Handlung gezogen worden. Es ist bekand, wie viele Rechtslehrer dafür halten, daß die Eintheilung in einfache und vermischte Ehestiftung in Teutschland eingeführet sey, und die lezte in der Gestalt eines lezten Willens errichtet werden müssen (a). Eine Juristenfacultät, an welche von der Hanno-

ver-

verschen Justizcanzley Acta gesandt worden, liesse sich in den Entscheidungsgründen, hievon also vernehmen: „Fatente celeberrimo Strubenio verb. die jedoch die widrige Meynung in Praxi angenommen ꝛc. laut rechtlicher Bedenken Part. II. Bedenken LXIII. pag. 242. ad cujus deductionis antecedentia & consequentia responsio facilis esset, nec eruditissimorum de cetero Germanistarum auctoritas adeo in Germania indistincte prævalet, ut tuto ipsi inhærere liceat in judicando, hincque in collegio nostro hac in re recepta hæc adhuc manet, daß ein (ut verbis viri summi ipsius utamur) von bewährten Rechtslehrern bezeugtes teutsches Herkommen gesetzliche Kraft habe, & quicquid sit, hujus rei, non adeo inauditum est, errorem subinde juri ipsi posthac inducto fores aperuisse, adeo ut Leyserus neutiquam coecus adorator juris Romani præclare fateatur, doctrinam de pactis dotalibus in vim ultimæ voluntatis conditis nec juri Romano, nec Germanico convenire, imo monstrum conflatum quoddam in praxi tamen receptum esse Med. 1. 3. 3. Spec. 308.

2) War die Ehestiftung mit verschiedenen Händen geschrieben, von den Bräutigam und der Braut überall nicht, noch von den Zeugen eigenhändig unterschrieben, sondern mit der Hand des Vaters der Braut, sowol die Mitgift und der Erbvertrag hinein gesetzet, als die Namen der Zeugen darunter verzeichnet. Diese konten auch nicht bekräftigen, daß die ihnen vorgelesene Ehestiftung eben diejenige sey, bey deren Einrichtung sie gegenwärtig gewesen.

Allein 1) haben in den Churhannöverschen Landen, die aus irrigen Principiis juris herfliessende Opiniones doctorum, und die darauf gegründete Judicata überall keine Kraft, wie die Frankfurtische Juristenfacultät oben pag. 2. sehr wohl erkand hat. Auswärtige Urtelsfasser solten daher, wenn sie hiesige Rechtshändel entscheiden, es nicht immer nach denen bey ihnen recipirten Meynungen, sondern der-

ge-

gestalt thun, wie solches die römische Gesetze, erwiesene oder zu vermuthende teutsche Rechte, und deren Analogie erfordert, kein Monstrum ex jure Romano & Germanico per erroneas JCtorum doctrinas conflatum aber zum Grunde ihrer Rechtssprüche legen, welche, wenn die Partheyen nichts versäumen, sochenfalls selten bestehen. LEYSER äussert sein Mißfallen über dieses Monstrum. Er muste es aber nach der Chur-Sächsischen Constitution gelten lassen, dergleichen sich in den wenigsten Landen findet. Auch diejenige, welche einräumen, daß es widerrufliche Erbverträge giebet, vermuthen jedoch im Zweifel selbige nicht (c), wenn gleich der Erben Meldung geschehen (d), und insonderheit behauptet HARTMANN *de Efficientia clausulæ pactorum dotalium* längst Leib längst Gut §. 8., illam in actuum inter vivos classem reponendam esse. Das von der Praxi genommene gegenseitige Argument schwächet LEYSER Spec. 308. Med. 5. sehr, wenn er schreibet: Paucissima occurrunt exempla pactorum dotalium in vim ultimæ voluntatis conditorum. Nos certe pleraque, super quibus consulimur, in vim contractus inita declaramus. Et ex omnibus, quæ nobis oblata fuerunt, saltem unum novi, quod pro ultima voluntate habuimus, und der von SELCHOW lässet sich in Elem. jur. Germ. §. 427. hievon also vernehmen: Cum tota distinctio perpaucis tantum legum compilationibus nitatur; reliquae leges subditis hoc jus de futura successione paciscendi diserte tribuant, & pacta sancte observari velint; tota distinctio a privatis, non a legislatoribus, inventa fuerit; observantia ejus & usus fori nec probata sit, nec probari queat, & pleraque adeo pacta dotalia judicialiter confirmantur, sequitur omnia pacta dotalia vim contractus habere, neque, invito altero paciscente, pacto vel testamento mutari oportere, atque adeo universam hanc distinctionem, futile pragmaticorum quorundam inventum, e libris juris & fore recte proscribi.

2) Kan

2) Kan zwar allerdings die vorhandene schriftliche Ehestiftung das Erbrecht der Beklagten nicht erweisen, da sie weder von den Contrahenten, noch den Zeugen unterschrieben, sondern gröstentheils des Schwiegervaters Handschrift ist. Aber auch mündlich geschlossene Contracte sind verbindlich, und keine Schrift wird zu deren Vollenkommenheit erfordert, wenn nicht ausdrücklich verabredet worden, daß sie bis zur schriftlichen Verfassung oder Unterschrift ungültig seyn sollen (e), welches insonderheit auf Ehestiftungen seine Anwendung findet (f), und daraus daß selbige niedergeschrieben worden, folget nicht, daß man keinen mündlichen Contract wollen gelten lassen (g), wie denn auch in dieser Sache rechtskräftig erkand wär, daß die producirte Ehestiftung zwar für ein zum Beweis hinlängliches Document nicht zu achten, jedoch die Beklagtin zum Beweis, der mit ihren verstorbenen Ehemann errichteten Ehestiftung zu lassen sey; welchen sie durch Zeugen zu führen übernommen.

Diese konten nun zwar nicht sagen, daß die in ihrer Gegenwart verabredete Ehestiftung eben diejenige sey, welche die Beklagtin producirte, und erinnerten sich des Inhalts nicht mehr. Sie bezeugten aber, daß die Ehestiftung, welche am Verlöbnißtage verfertiget, und in ihrer Gegenwart verlesen worden, Braut und Bräutigam, nebst zweyen Zeugen, zum Prediger des Orts gebracht, daß selbiger sie gelesen und unterschrieben habe. Weil nun solche Unterschrift sich unter dem Document qu. fande, so litte keinen Zweifel, daß dieses enthielte, was die Verlobte verabredet haben. Zwar attestirte der Prediger nur, daß Braut und Bräutigam in seinen Beyseyn sich verordnungsmäßig verlobet hätten, und es wurde eingewand, die Geistliche bekümmerten sich um die Mitgift nicht. Dazu lasse man gemeiniglich in der Ehestiftung Raum, und fülle selbigen demnächst. Daß aber dieses damals nicht geschehen, vielmehr der Pastor die völlig fertig geschriebene Ehestiftung gelesen und unterschrieben habe, wurde bezeuget. Weil jedoch der Testis 1. ad art. 22. deponirte, wie er das Brautpaar

bey dem Pastor angemeldet, sey er wieder nach dem Brauthause gegangen, mithin bey der Unterschrift des Predigers nicht gegenwärtig gewesen, obwohl er ad. art. 17. 19, vermuthlich ex auditu, aussagte, daß dieser die Ehestiftung gelesen und unterschrieben habe, folglich nur der Testis 2. solche Unterschrift bezeugen konte, so wurde von der Beklagtin der Erfüllungseid gefordert, und ihr injungiret eidlich zu erhärten, daß diejenige Ehestiftung, unter welcher Pastor N. die vor ihm geschehene Verlöbnis attestiret, nachdem sie völlig fertig gewesen, durch die Verlobte und zwey Zeugen, selbigen überbracht, von ihm gelesen, und in ihrer Gegenwart unterschrieben worden.

(a) HOMBERGK zu Vach de Origine atque indole distinctionis pactorum dotalium in simplicia ac mixta eorumque recta interpretatione per tot. PAVLI de Divisionis pactorum dotalium in simplicia & mixta origine, autoritateque praesenti §. 5.

(b) BVININCK Error pragmaticorum circa distinctionem pactorum dotalium in simplicia & mixta per tot. SCHOTTS unpartheyischer Critic *XXII.* Stück *pag.* 145.

(c) BOEHMER *Tom. II. Resp.* 562. *num.* 12. HELLFELD *Jurisprud. for.* §. 1248.

(d) JCti HALLENSES *Tom. I. Lib. I. Conf.* 357. *num.* 5. 6. WERNHER *Tom. III. Part. 1. Obs.* 101. BVININCK *d. l.* §. 8. *seq.* HELLFELD *d. l.*

(e) STRYK *de Cautelis contractuum Sect.* 2. *Cap.* 8. §. 2. MVLLER *de Punctationibus Cap.* 2. *th.* 12. FROMMANN *de Conventione in scriptis* §. 6. WERNHER *Tom. I. Part. II. Obs.* 384. LEYSER *Spec.* 272. *Med.* 1.

(f) STRYK *d. l. Sect.* 3. *Cap.* 8. §. 2. FLEISCHER an pacta dotalia a marito quidem, non vero ab uxore subscripta, sint valida §. 11. 15. BALEKE de pactis conjugum successoriis maxime secundum jura Rostochiensia §. 7.

(g) FLEISCHER *d. l.* §. 16.

CLXVII.

CLXVII. Bedenken.

Die Worte bis an haben nicht immer einen ausschliessenden Verstand.

Die Gemeinde W. machte denen mit der Schäfereygerechtigkeit versehenen Einwohnern des Dorfs B. die Hud und Weide in einen gewissen District streitig, weswegen diese Klage erhoben, und nachdem sie Beweis geführet hatten, wurde vom Richter erkand; „Nachdem Kläger den Grund ihrer Klage 1) daß sie an den quästionirten Orten ihre Schafhude, seit 30. 40 Jahren exerciret, und 2) darüber, daß sie solche Oerter nicht precario, sondern als ein hergebrachtes Recht mit ihren Schafen geweidet, durch Abstattung der von Beklagten ihnen zugeschobenen Eide cörperlich erhärtet, so werden selbige darin, als vom Kuhberge an, bis an Witthans Kamp und den Göttinger Weg, ingleichen bis an die lütge und grosse Breite, bis an das Lerchenfeld ihre Schafe zu weiden, jedoch ohne Nachtheil der Koppelhude-Interessenten, nach wie vor geschützet." Weil aber die beklagte Gemeinde W. dieses Erkentniß solchergestalt verstanden wissen wolte, daß die Kläger nicht auf den in der Urtel benandten Orten, sondern nur bis an dieselbe hüten dürften, und als sie sich damit nicht vergnügten, wider selbige zu Pfandungen schritte, so begehrten diese vom Richter Declarationem sententiæ, und erhielten zum Bescheide: daß es der verlangten Erklärung nicht bedürfe, da die Worte **bis an** und **auf** deutlichen Inhalts, zumalen Kläger selbst in ihrer Deductionsschrift sich eben also mit den Worten **bis an** ausgedrücket haben, mithin bleiben dieselbe billig, da sie der rechtskräftigen Urtel zuwider weiter gehütet, straffällig, und werden zu Ersetzung des Schadens an Beklagten vertheilet." Von diesem Spruch appellirten die Kläger an Königl. Hannöversche Justitzcanzley, welche des Unterrichters Erkentniß reformirte.

Denn es leidet keinen Zweifel, daß die Worte **bis an** nicht nur exclusive, sondern auch vielfältig inclusive zu verstehen sind (a). Wer saget, das Hannöversche Territorium gegen das Stift Hildesheim erstrecket sich an gewissen Orten bis an die Leine, der saget nicht, daß dieser ganze Fluß zum Stift gehöret. Wie die Appellanten die gebrauchte Worte **bis an** inclusive verstanden, erhellete aus den Acten auf das klärefte, als in welchen sich dieselbe bemühet haben, ihre Hud- und Weidegerechtigkeit auf den Oertern qu. zu behaupten. Insonderheit geschahe dieses in dem Articulo probatoriali 2. welcher also lautet: „Wahr Zeuge gesehen, daß die Schafherren die Jahre hindurch den ganzen Kuhberg, und von da den Schratweg bis an die Katieswiese vor dem Hitzinge heraus bis an Witthans Kamp und den Göttinger Weg, auch die grosse und lütge Breite und Lerchenfeld ohne Widerrede mit ihren Schafen gehütet;" Imgleichen Art. 4. und 8. „Wahr daß Zeuge gesehen, daß die Schafe an besagten Orten ohne Widerrede gehütet worden." Dieses bejaheten die Zeugen, und deswegen konte man nicht sagen, daß die Appellanten nur bis an solche Oerter, nicht aber in und auf denselben die Hud- und Weidegerechtigkeit sich angemasset. Worte die einer doppelten Auslegung fähig sind, müssen aus den deutlichern Worten erkläret werden (b), die jemand an andern Orten vorgebracht, und insonderheit sind sie den Acten gemäß zu verstehen (c).

Setzet man dieses voraus, so bedürfte die Urtel vom 11. May einer Erklärung, und man konte solche nach Ablauf des Decendii begehren (d), auch da sie widrig ausfiel, von dem Bescheide appelliren. Es wurde daher erkand: „Weilen die Worte **bis an** keineswegs immer exclusive sondern auch vielfältig inclusive zu verstehen, und die Acten, besonders aber der Appellanten Probatorialartikel ergeben, wie allerdings selbige die Hud und Weide in- und auf den Oertern qu. sich angemasset, und daß sie solche hergebracht erwiesen haben: Da auch über den Verstand der Urtel vom 11. May jüngsthin Streit entstan-

standen, solche vor dessen Entscheidung in keine Rechtskraft treten können, so ist vom Richter erster Instanz übel gesprochen, wohl appelliret, mithin sind Appellaten schuldig, die genommene Pfande ad locum unde zu liefern, und denen Appellanten den Genuß der Hud- und Weidegerechtigkeit qu. ungestöret zu verstatten, wie wir also schuldig erkennen, und die Proceßkosten vergleichen.

(a) TVSCHVS *Lit. D. Concl.* 291. *num.* 3. REYGER *in Thesauro juris voc. Dictiones variarum rerum num.* 13. BESOLD *in Thesauro practico voc.* bis *pag.* 104.

(b) PVFENDORF *de Officio hominis & civis Lib. I. Cap.* 17. §. 7. THOMASIVS *Jurisprud. divinae Cap.* 12. *num.* 61. HORN *de Interpretatione juridica Cap.* 2. §. 15.

(c) B. von CRAMER *Systema processus Imperii Part. III.* §. 1502.

(d) Eben derselbe *d. l.* §. 1497. Dum alium atque alium sensum pars obtendit, in novam litem incidit. Ideo a controversi intellectus decisione per declarationem facta appellatio non est exclusa, nec obtentu rei judicatae rejicienda MEVIVS *Part. I. Dec.* 109. *P. V. Dec.* 10. *num.* 5. LAVTERBACH *C. T. P. ff. Tit. Quando appellandum &c.* §. 8. STRYK *Introduct. ad praxin Cap.* 23. §. 2.

CLXVIII. Bedenken.

Ein Handwerksmann, der seine sämtliche Arbeit verdungen hat, muß, wenn er es vermag, nach der Anweisung desjenigen arbeiten, der ihn lohnet, auch so viel verrichten, als er thun kan.

Der Eigenthümer einer Lederfabrik errichtete mit einem englischen Lederbereiter auf drey Jahre einen Contract, vermöge dessen dieser an Arbeitslohn für jede also bereitete Haut, wieder Fabrikant sie haben will, ein gewisses Geld von ihm empfangen, und wenn in

den Häuten zu viel sitzen bliebe, oder zu viel herausgenommen würde, so daß die Sattler und Schuhmacher das Leder nicht kaufen wolten, für den Schaden einstehen, solches Leder verkaufen, und dafür an Gelde bezahlen solle, was der Fabrikant haben können, wenn es von der erforderlichen Güte gewesen wäre.

Dieser beschwerte sich nun 1) darüber, daß der Lederbereiter und sein Gehülfe, dem Contract zuwider handelten, indem sie das Leder nicht nach seiner Vorschrift bereiten wolten. Nun muß allerdings ein Handwerksmann also arbeiten, wie es derjenige fordert, welcher ihn lohnet, wenn es ausdrücklich verabredet worden (a), so in gegenwärtigen Fall geschehen. Die Beklagte wandten zwar anfangs ein, daß sie die begehrte teutsche Lederbereitungsart nicht verstünden. Dieselbe gaben jedoch nachmals vor, des Fabrikanten Vorschrift befolget zu haben. Daraus sey aber Schade entstanden, weil sie an der Zeit und den Verdienst verlohren hätten. Es fehlte ihnen also an den Vermögen nicht, zu thun, was der Fabrikant forderte.

Sie wurden daher schuldig erkand, nach dessen Anweisung das Leder zu bereiten; wenn jedoch solches erweislich mehre Zeit und Mühe verursachte, als die gewöhnliche englische Lederbereitung, so solle ihr Arbeitslohn solcherwegen nach dem Ermessen Handwerksverständiger erhöhet werden.

II. Klagte der Fabrikant darüber, daß die Leute nicht so viel Leder lieferten, als sie könten, sondern die Zeit mit Schwelgen, Spatzierfahrten und Lustreisen verdürben, daher er diejenige, welche Leder kaufen wolten, damit nicht versehen könne, und ihm also ein beträchtlicher Vortheil entgienge. Die Lederbereiter wandten ein, es müsse demselben gleichgültig seyn, wie sie lebten, und wäre von ihnen nimmer versprochen, so viel Leder zu liefern, als verkaufet werden könne. Aber es würde ein Fabrikant, der durch den häufigen Debit der Waare Vortheil hoffet, übel fahren, wenn er es auf der gedungenen

Ar-

Arbeitsleute Willkühr ankommen lassen müste, ob sie ihm wenig oder viel liefern wolten. Geschiehet das erste durch des Handwerksmanns Schuld, so muß er dem, der ihn gedungen, das Interesse prästiren (b). Die Beklagte wurden daher schuldig erkand, so viel tüchtiges Leder zu liefern, als dieselbe zu bereiten vermögen, und Klägern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn er ihrer Nachläßigkeit halber daran mangelt.

III. Forderte der Fabrikant Caution, und wolte zu solchem Ende von eines jeden Lederbereiters verdienten Lohn 80 Rthl. inne behalten, weil er fürchtete, sie möchten davon gehen, mithin seine an selbige gemachte Forderungen vereiteln. Bey ihrer verschwenderischen Lebensart, war solches allerdings zu befürchten, und zwar um demehr, da der eine ein festgeschrobenes kupfernes Geräth losgemacht und aus der Fabrik weggebracht, der andere aber, und zwar nicht ohne Grund, behaupten wolte, daß ihn kein Contract zu bleiben verbinde. Derjenige ist der Flucht verdächtig, welcher keine unbewegliche Güter besitzet und mehr verzehret als er einzunehmen hat (c), auch Anstalten zum Abzug machet (d). Die Beklagte konten von ihren Lohn kein solches üppiges Leben führen, wie sie thaten, und das Wegbringen des kupfernen Geräths machte den einen verdächtig. Der Fabrikant forderte von ihnen 232 Rthl. 28 gr. 4 pf. wegen nicht contractmäßig gelieferter Arbeit. Diese Forderung war zwar annoch illiquid. Sie verstattete jedoch dem Kläger das Jus retentionis zu gebrauchen, und zu solchem Ende einen Theil des verdienten Lohns inne zu behalten. Eine juratorische Caution ist nur hinlänglich, wenn der, welchen man zur Haft bringen kan, für einen sehr ehrlichen, untadelhaften Mann gehalten wird (e). Diese Vermuthung kam den Beklagten bey ihrer Lebensart nicht zu statten. Man kan aber denjenigen, der sich zu einer gewissen Verrichtung anheischig gemacht, mit Arrest belegen, wenn zu fürchten, daß er davon gehen werde (f). Es ist daher erkand, daß der Kläger befugt sey, um der Erfüllung des Contracts und seiner illi-

quiden Forderung wegen gesichert zu seyn, dafern Beklagte keine Caution, jeder auf 80 Rthl. bestellen, von den Lohn, welchen jeder verdienet, retentionis jure solche Summe an sich zu halten.

(a) Probatio operis locatoris arbitratu fit, si inter contrahentes id actum fuerit, quo casu non aliud censetur conventum, quam ut conductor in opere perficiendo sequatur praescriptum locatoris, arbitrio boni viri, sic ut locator opus improbare nequeat, ubi quisque bonus illud probaturus fuisset VOET *ad ff. Tit. Locati* §. 35.

(b) Si tempus nullum adjectum, tantum temporis operi perficiendo tacite inesse intelligitur, quantum viri boni arbitratu sufficit, adeo ut nec ante ad id quod interest agi possit, quam ubi tempus praeterierit, quo commode opus potuisset finiri VOET *d. l.* §. 38. Conf. STRUV *de Operarum locatione & conductione th.* 24. HELLFELD *Jurisprud. for.* §. 1054.

(c) COLERUS *de Processu executivo Part. I. Cap.* 2. *n.* 130. CARPZOV *Part. I. Const.* 29. *Def.* 8. MEVIUS *Part. II. Dec.* 75.

(d) STRYK *de Carcere ad Custodiam Cap.* 3. *num.* 2.

(e) CARPZOV *Part. I. Const.* 30. *Def.* 20. *num.* 6. MEVIUS *de Arrestis Cap.* 25. *num.* 102. 103.

(f) BRUNQUEL *de Processu arresti ad effectum sistendi* §. 38.

CLXIX. Bedenken.

Dem Zehendherrn gebühret nicht immer der zehende Theil der Früchte.

Das Domcapitul zu Minden verpachtete dem Amtmann Walter seine Stemmer und Göxer Korn- Fleisch- und Flachszehenden. Dieser aber wolte von dem Pachtgelde jährlich 75 Rthl. 32 gr. abziehen, weil die Zehendpflichtige nur schuldig waren, die eilfte Garbe verabfolgen zu lassen, obwol derselbe im Contract der Einrede, daß er von dem Zustande des Zehendens nicht informiret gewesen, sich ausdrück-

drücklich begeben hatte. Es wurde aber von der Hannöverschen Justitzcanzley am 9. May 1769 erkand: „Da Beklagter über Pausch und Bogen gepachtet, und insonderheit auf die Einwendung Verzicht gethan, daß er von dem Zustande des Zehendens nicht informiret gewesen, als ist er deswegen von dem Locario einen Abzug zu machen, nicht befugt.“ Dieses Erkentniß bestätigte die Giesische Juristenfacultät 1770, mit Anführung folgender Gründe: „Obwohl Supplicant anführet, daß 1) die aversionaliter und in Pausch und Bogen geschehene Verpachtung, nur auf die Morgenzahl der Zehendäcker ihre Beziehung habe, wovon dermalen kein Streit obwalte.

Uebrigens 2) sowol bey Bekantmachung der Verpachtung durch die Hannöverschen Anzeigen, als in termino licitationis, ohne einige Bedingung oder Ausnahme, zu erkennen gegeben sey, daß der Stemmer und Göxer Zehende verpachtet werden solle; Indessen dieses Wort selbst nach der natürlichen Bedeutung mit sich bringe, daß derjenige, welcher einen Zehenden verpachtet, dem Pächter auch das Recht prästiren müsse, die zehende Garbe zu ziehen, sintemahl ein Verpächter, wenn er kein Zehendrecht, sondern nur ein solches, welches sich auf die Ziehung der eilften Garbe einschränket, verpachten wolte, solches, wenn er nicht contra bonam fidem handeln wolle, deutlich sagen müsse.

Nam vox decimarum nihil aliud ſignificat, quam cujusquæ rei decimam partem. Errant igitur, qui nihil referre ajunt, quota pars decima, vel vigeſima, aut trigeſima ſolvatur: nomina enim debent convenire ipſis rebus, & ex diverſitate vocabulorum inducitur diverſitas rerum.

Ungepauer ad Decretales Lib. 3. tit. 30. num. 2.

Nun aber bey der Verpachtung hievon so wenig etwas gemeldet sey, als weniger Supplicant, wie er eidlich zu erhärten im Stande sich be-

befindet, anders geglaubet und gewust habe, als daß die zehende Garbe gefordert werden könne; Ueberdies die beyden Domcapitularische Secretarii Niemann und Meyer, als selbige den Zehenden und die Scheure den Supplicanten angewiesen und abgeliefert, und lezterer ihnen vermeldet, wie der vor einigen Tagen angenommene Zehendvogt, wider alles sein Vermuthen, geäussert, daß an beyden Orten, Statt des Zehenden, nur der Eilfte gezogen würde, welches, wenn es wahr seyn solte, ihn berechtigte, von dem Pachtgelde einen proportionirlichen Abzug zu machen, da er bekandtermaßen auf den zehenden Theil gepachtet hätte, darauf erwiedert, daß ihnen davon nichts bekand, und sie vielmehr glaubten, daß solches nur ein Vorgeben der Zehendpflichtigen, welche dadurch einen Theil zu intervertiren suchten, sey, mithin Supplicant bey Anfang des Auszehendens die zehende Stiege nehmen, und es darauf ankommen lassen solle, was die Zehendpflichtige dawider vornehmen würden; worauf da leztere den zehenden Theil nicht abgeben wollen, und der Supplicant solches nach Minden berichtet, keine Antwort erfolget sey; Inzwischen aus diesem von Supplicanten eingestandenen Vorgange act. n. 42. p. 9. sich ergebe, daß von beyden Seiten ein Irthum untergelaufen, welcher, wenn er auch gleich den Contract nicht gänzlich vernichtige, dennoch einen proportionirlichen Abzug rechtfertige.

Und dagegen 3) daß am Ende des Contracts, unter andern gewöhnlichen Exceptionen, auch der Entsagung der Einrede

> daß man von dem Zustande des Zehenden nicht informiret gewesen

angehänget worden, nichts verfange, anerwogen in den Licitationsprotocoll num. act. 40., welches den Grund und die Bedingungen der Verpachtung enthalte, von dieser Renunciation nichts befindlich, sondern solche erst nachhero den von Seiten des Domcapituls ausgefertigten Contract eingeschaltet, und von ihm Supplicanten bey der Unterschrift übersehen sey.

All=

Alldieweil aber, wenn gleich ad 1. daß der Umstand, daß die Verpachtung adversionaliter und in Pausch und Bogen geschehen, auf den jetzigen Streitpunct keinen entscheidenden Einfluß hat, zugegeben wird, dennoch ad 2. das Wort Decimæ, Zehende, Zehendrecht, nach dem überall bekandten Redegebrauch in Teutschland nicht nothwendig den zehenden Theil involviret, sondern auch sodann gebrauchet wird, wenn das eilfte oder ein anderer Theil abgegeben werden muß.

Syring de Jure decimandi p. 2. 244. 310.

Speidel in Specul. jurid. sub voce: Zehend.

Linck ad Decretales Lib. 3. Tit. 30. §. 2.

Pufendorf in Obs. Tom. I. Obs. III.

Inzwischen das Domcapitul nicht das Recht die zehende Garbe zu ziehen, sondern den ihm zustehenden Zehenden verpachtet, und die vorhabende Verpachtung frühzeitig genug durch öffentliche Blätter bekand gemachet habe, daß ein jeder Pachtlustiger, sich nach der Beschaffenheit desselben, gründlich erkundigen können, mithin Beklagter, wenn er sich, wie doch nach den Umständen, so supplicatisches Domcapitul in Actis num. 42. angeführet hat, nicht glaublich ist, in der Qualität des Zehendens geirret haben solte, sich den ihm aus seiner Unvorsichtigkeit zuwachsenden Schaden, selbst beymessen muß, und sich auf den angeblichen Errorem circa qualitatem dacimarum, zumahl die Verpachtung per publicam licitationem geschehen, nicht berufen kan.

L. 203. D. de R. J.

Gundling in Gundlingianis P. 33. Obs. 1.

Auch hiebey der Umstand, daß die beyden Domcapitularischen Secretarii von der eigentlichen Qualität des Zehendens ebenwenig unterrichtet gewesen, dem Supplicanten nicht zum Vorstand dienet, sondern vielmehr sich darob zu Tage leget, daß von Seiten des Domcapituls

 die

die wahre Beschaffenheit des Zehendens nicht mala fide verheimlichet worden, und allemal die Schuld auf den Pächter, daß solcher sich nicht vorhero besser um die Beschaffenheit des Zehendens erkundiget hat, zurück fällt. Ueberdies 3) die Entsagung der mehrgedachten Exception dem Supplicanten offenbar im Wege stehet, und zur Sache so wenig etwas thut, daß davon in den Licitationsprotocoll nichts stehet, als weniger das Vorgeben, daß Supplicant diesen Punct bey der Unterschrift des Contracts übersehen haben will, einige Attention verdienet, so sind wir Inhalts beyliegender Urtel zu erkennen bewogen worden."

Allerdings muß man die Worte nicht immer dergestalt verstehen, wie es deren Eigenschaft zu erfordern scheinet, sondern vielmehr dem Gebrauch gemäß (a). Daß es auch bey uns ein Zehende heiße, wenn der Zehendherr mehr oder weniger als den zehenden Theil der Früchte empfänget, solches bestärket die **Chur-Hannöversche Zehendordnung** in den **Landesordnungen** *Cap. IV. p.* 1003. also: „Dieweil aber an theils Orten in Unsern Landen, eine hergebrachte Gewohnheit ist, daß an Statt der Zehenden, die eilfte Garbe gegeben wird, so lassen Wir es an solchen Orten dabey, und wie solches Recht zu der eilften Garbe **den Nahmen des Zehendrechts behält**, also soll was jetzo von der zehenden Garbe disponiret wird, an solchen Orten von der eilften Garbe verstanden werden." Solche Benamsung ist sonst in Teutschland üblich, wenn auch die neundte oder die zwanzigste Garbe dem Zehendherrn nur gebührte (b). Da der Pächter wußte, daß mehre Zehendherrn in der Gegend nur die eilfte Garbe empfangen, so war es seine Schuld, daß derselbe keine Erkundigung von der Beschaffenheit des gepachteten Zehendens eingezogen, und gleichwol der Einwendung entsaget hatte, daß er von dessen Zustand nicht informiret gewesen, als welches sich auf die Morgenzahl nicht einschränken lässet.

(a) Sunt verba regulariter intelligenda in significatu, quem ipsis imposuit, non tam proprietas aut analogia grammatica, aut derivatio-

tionis confirmitas, quam popularis usus. PUFENDORF *de Officio hominis & civis Part. I. Cap.* 17. §. 2. ECKHARD *Hermeneutica juris Lib. II. Cap.* 2. §. 77.

(b) Secundum communem loquendi modum sub nomine *decimæ* quælibet alia pars venit, quæ pro diversa diversorum locorum consuetudine solvenda, sive illa sit nona, undecima, vicesima, aut quævis alia. B. v. CRAMER *Tom. V. Obs.* 1357. §. 19. WERNDLE vom Zehendrecht. *Lib. III. Cap.* 9. *pag.* 229. WERNHER *Tom. II. Part. VI. Obs.* 409. *num.* 1. 2. C. F. HARPPRECHT *de Jure decimatoris universalis ex mente juris canonici & protestantium ecclesiastici* §. 2.

CLXX. Bedenken.

Wenn ein Weibsbild ihre Schwangerschaft zwar verleugnet, jedoch die Niederkunft nicht dergestalt vorsetzlich veranstaltet hat, daß sie ohne Hülfe geschehen, so ist keine Tortur zu erkennen.

Adelheid Helms gestunde, daß sie ein gliedmäßiges Kind gebohren, ihre Schwangerschaft verleugnet, und ohne Hülfe solches Kind zur Welt gebracht habe. In den Viso reperto des Land-Physici und Chirurgi heisset es: „Aus dem daß das Herz und die grossen Blutgefässe wenig Blut enthalten, solte sich fast muthmassen lassen, daß das Kind gelebet habe, und daß dasselbe durch eine Verblutung umgekommen." Die Mutter verneinte aber dessen Leben, und noch vielmehr daß sie Hand an selbiges geleget habe. Zur Zeit der Section war der Körper schon in Fäulung gerathen, und also konte man nicht zuversichtlich wissen, ob solches geschehen. Zu ihrer Vertheidigung brachte die Inquisitin vor, der Vater habe gesagt, daß sie ihm aus den Augen gehen solle, wenn sie ein Kind wolle. Deswegen wäre von ihr die Schwangerschaft verleugnet, und der Entschluß gefasset, zu er-

warten, ob das Kind lebendig zur Welt kommen würde, weil als-denn ihre Eltern sie nicht wegjagen dürften. Der Herr von BOEHMER *ad C. C. Art.* 131. *§.* 42. *pag.* 593. hält diese Einwendung nicht für ganz unstathaft, wenn er also schreibet: Quid de his dicendum, quæ ob incertum eventum utrum vivum an mortuum infantem sint parituræ, tantisper potius silere, quam festinata propalatione opprobrio se temere exponere maluerunt? Nonne harum allegationes magnam speciem innocentiæ habent, & suspicioni in dissimulatione quæsitæ multum detrahunt? Mihi itaque ex variis caussis ostendisse sufficit, quam fallax & iniqua sit sententia eorum, qui nimii sunt in gravandis foeminis de uteri dissimulatione accusatis. Ich habe in dieser Rechtlichen Bedenken *I.* Theils *XXXI.* Bedenken §. 2. diese Meynung auch geäussert. Eben daselbst erfordert von BOEHMER *§.* 45. *pag.* 596. mit gutem Grunde Clandestinitatem partus voluntariam, welche der verleugneten Schwangerschaft hinbey tritt, und deren Beweis, wenn die Folter erkand werden mag. Ist solcher vorhanden, so können keine erhebliche aber unerwiesene Behelfe der Inquisitin zu statten kommen. Die widrige Meynung leget mir von BOEHMER §. 56. bey. Wenn ich aber an angeführten Ort §. 6. misbillige, daß man eine Person foltere, die ihre nicht unglaubliche Einwendungen durch keine Zeugen erweisen kan, so rede ich nicht von den Fall, wenn die Niederkunft mit Willen und vorsetzlich, ohne Hülfe anderer Menschen geschehen, wie meine folgende Worte ergeben: „Dieses (das Foltern) ist nur alsdann zu rechtfertigen, wenn erhellet, daß die Inquisitin ihre Schwangerschaft verheelet, und sich vorsetzlich den Augen derer, die um sie waren, entzogen, mithin in Umständen, welche der Menschen Hülfe so nothwendig machen, daß ihr solche wiederfahre, zu vermeiden gesuchet habe, als welches die stärkste Vermuthung eines Kindermords erreget.„ Ich handele in den vorhergehenden von den Fall, wenn zwar die Niederkunft ohne Beyseyn und Hülfe einiger Weibspersonen geschehen, jedoch Ursachen beygebracht werden, welche gläublich

machen, daß die Inquisitin wider ihre Absichten, solchergestalt ein Kind zur Welt gebracht hat. Diese waren nun allhier vorhanden, weil sie 1) in ihren gewöhnlichen Bette entbunden worden, allwo zwey Kinder bey ihr gelegen, welche erwachen, und durch ihr Geschrey die Geburt entdecken können. 2) War vermuthlich diese ehe geschehen, als die Inquisitin vermuthete. Es wurde nemlich erwiesen, daß sie wenige Zeit vor ihrer Niederkunft einen schweren Packtisch weggetragen, und dadurch sich ein solches Leid gethan, daß dieselbe über im Rücken empfundene Schmerzen laut gerufen, wodurch denn sowohl dem Kinde Schade zugefüget, und dessen Tod vor oder nach der Geburt veranlasset, als auch die Niederkunft beschleuniget seyn konte (a). Da 3) der gemeine Ruf die Inquisitin der Schwangerschaft beschuldigte, so konte sie um deweniger hoffen, daß ein Kindermord zu verheelen seyn würde (b).

Daß die unterlassene Verbindung der Nabelschnur den Tod eines Kindes verursachet, wird von nicht wenigen in Zweifel gezogen (c), und diejenige, welche anderer Meinung sind, räumen es gleichwohl ein, wenn die Nabelschnur abgerissen und nicht abgeschnitten ist (d). In diesen Fall war aber das erste geschehen, welches sich ohne alles Verschulden der schwangern Person begeben kan (e). Es erhellete auch nicht, daß die Inquisitin gewust, wie neugebohrnen Kindern die Nabelschnur verbunden werden müsse. Sie ist daher mit der Folter verschonet, und auf sechs Jahr ins Zuchthaus verdammet.

(a) Gravium & ponderosorum corporum gestatio est vis quædam foetui nociva ALBERTI *Jurisprud. medic. Tom. III. in Append. pag.* 119.

(b) Solus rumor graviditatis probabilem conjecturam firmat, ob necem propositam uterum non esse celatum —— —— Nec aliud de mulierculis dicendum intolerabilem sævitiam parentum ob stuprum suspicantibus BOEHMER *d. l. pag.* 592. 593.

(c) BOEHMER *Jur. controv. Obs.* 65.

(d) HEBENSTREIT *Anthropologia p.* 420. 421.

(e) ALBERT *d. l. pag.* 150.

CLXXI.

CLXXI. Bedenken.

Das Bekentniß einer Inquisitin, daß sie ihr Kind um das Leben gebracht habe, ist nicht immer hinlänglich, sie zum Tode zu verdammen.

Man fande 1768 zu Hannover im Stadtgraben, ein todtes Kind, und besage Visi reperti bemerkten die Sectores an selbigen kein Zeichen der Verletzung, daher sie urtheilten, daß man mit Gewißheit nicht sagen könne, ob selbiges im Wasser ersticket, oder tod hinein geworfen sey. Es wurde aber bald ausfündig gemacht, daß besagtes Kind der Sophie Marie Prellberg gehörte. Auf Befragen, ob sie solches in das Wasser geworfen? wurde es nicht nur von ihr sogleich gestanden, sondern dieselbe bekandte auch nachmahls, weil sie mit dem Kinde nirgend hingewust, und für dasselbe keinen Unterhalt gehabt, solches auch grämlich gewesen, so hätte sie aus tollen Sinn, in der Absicht demselben das Leben zu nehmen, es so fest an die Brust gedrücket, daß es gesticket, und ohngefehr eine halbe Stunde nachher gestorben wäre. Diese That habe ihr weder Rast noch Ruhe gelassen, und sie sich selbst angeben wollen. Der Defensor suchte zu behaupten, daß das Kind auf die angegebene Art nicht ums Leben kommen können, und als der hiesigen Leib- und Hof-Medicorum Gutachten erfordert wurde, erstatteten sie solches folgendergestalt: „Ew. Hochwohlgebohrnen und Wohlgeboren Rescript vom 13ten December 1768 zufolge haben wir alle demselben beygefügte Acten, die wegen eines Kindermords verdächtig gewordene Marie Sophie Prellberg betreffend, mit möglichsten Fleiß gelesen, überleget, sodenn in unserer Versammlung vom 29. December nachmals reiflich erwogen, und darüber einmüthig folgendes Gutachten abgefasset: Bey der Besichtigung und Zergliederung des im Wasser gefundenen Kindes der Sophie Marie Prellberg hat sich kein Zeichen einer beträchtlichen Verletzung äusserlich gefunden. Alle Eingeweide des Unterleibes

bes und der Brust waren gesund, auch alle Theile des Kopfes in ihren natürlichen Zustand.

Wäre dieses Kind im Wasser umgekommen, so müste man ein schäumigtes Wasser in den Aesten der Luftröhre und in den Lungen, auch im Kopfe die bey Schlagflüssen gewöhnliche Zeichen wahrgenommen haben. Da nun diese den Tod im Wasser allein bewirkende Erscheinungen in unserm Falle nicht wahrgenommen worden, so können wir auch nicht schließen, daß das Kind im Wasser umgekommen sey.

Wäre dieses Kind an der Brust seiner Mutter erstickt worden, so hätte man in den Leichnam eine Anhäufung des Bluts in den zurückführenden Adern überhaupt, und insbesondere der Lungen und Hirns, in der rechten Auricula des Herzens, und in der rechten Herzkammer gefunden. Aber bey dem Kinde der Prellbergin, ward ganz und gar nichts von dieser Art bemerket, und folglich können wir auch nicht sagen, daß dieses Kind durch das Andrücken an seiner Mutter Brust erstickt, das ist, ohne die geringsten Merkmale einer Gewaltthätigkeit, gleichwol eines gewaltsamen Todes gestorben sey.

Freylich sind die Zeichen der Erstickung oft sehr ungewiß. Aber sie sind es nur darum, weil eine Krankheit eben dieselben Veränderungen in den zurückführenden Adern bewirken kan, welche man insgemein bey solchen bemerket, die auf eine gewaltsame Art erstickt worden.

Das Kind der Prellbergin hätte auch wirklich nicht noch eine halbe Stunde leben können, wenn das Andrücken an die Brust seiner Mutter die Ursach einer Erstickung gewesen wäre. Es ist daher num. 1. pag. 6. der Defensionsschrift wahr, auch nicht ohne Grund, was eben daselbst num. 3. pag. 8. gesaget wird, obgleich die num. 4. von dem Defensore angegebene Gründe zu schwach sind, und nicht allemal Sugillationen bey Erstickten bemerket werden.

Wenn wir hiernächst bestimmen sollen, welches Todes das Kind der Prellbergin gestorben sey, so müssen wir andere Ursachen desselben angeben können, als das Wasser, oder das Andrücken an die Brust. Das Kind kan nicht allein an der Zahnarbeit, sondern überhaupt an einer Nervenkrankheit gestorben seyn, deren nächste Ursachen sich selten in dem Leichnam äussern. Die Verschiedenheit der Nahrungsmittel kan leicht eine solche Krankheit veranlasset haben. Das Kind lag vorher bey einer Gartenfrau an der Brust. Nachher wurde es von der Mutter hingenommen, deren Milch gewiß sehr schlecht muste geworden seyn, seitdem sie ausser Dienste, und nachher in einem Stand von völliger Verzweifelung gewesen, und die zumal durch den Aerger in Kirchrode dem Kinde tödlich werden konte. Auch die Reise im September in einem Tage nach Kirchrode und zurück, kan genug Anlaß zu der Krankheit des Kindes gegeben haben, wenn man auch nicht wüste, daß es selbst schon sein kränkliches Befinden durch Weinen und grämliches Betragen genugsam ausgedrücket hatte, wie aus num. act. 15. pag. 1. erhellet.

Es ist also wahrscheinlich, obgleich nicht ganz gewiß, daß das Kind eines natürlichen Todes gestorben sey, der von der Mutter vielleicht befördert und beschleuniget, aber denen in dem Viso reperto angegebenen Wahrnehmungen zufolge, von ihr weder im Wasser, noch durch das Andrücken an die Brust, verursachet worden.

Dies ist die Meynung, der bey der Versammlung vom 29. December gegenwärtig gewesenen Aerzte, die mit der grösten Hochachtung die Ehre haben zu seyn, Ew. Hochwohlgebohrnen und Wohlgebohrnen

gehorsamste Diener

J. G. Zimmermann

D. O. Gesenius. Voelker Dr. F. G. Meier. J. F. Müller Dr.

J. E. Wichmann.

Man

Man fande für nöthig, die Inquisitin noch einmal über die Umstände, wie ihr Kind ums Leben kommen, vernehmen zu lassen, und ihre Aussage bestund in folgenden: Sie habe ihr Kind würklich ums Leben gebracht. Sie habe das Kind, weil es zu Kirchrode nicht essen wollen an die Brust geleget, und sey darüber boshaft geworden, daß die Frau zu Kirchrode solches nicht annehmen wollen, sie auch mit selbigen nirgend hin gewust, daher sie in ihren tollen Sinn dasselbe unter ihren Mantel so fest an die Brust gedrücket, daß es davon gestorben. Nachdem sie solches gethan, habe das Kind noch einmal Athem geholet, und sey nur wenig Leben in demselben übrig gewesen, auch sey es eine Viertelstunde nachher unter dem Mantel, den sie nur umgehabt, vollends gedrüset und gestorben. Diese Aussage sey die reine Wahrheit, und könne sie, wenn sie auch in zehen Verhöre käme, anders nicht aussagen, als daß ihr Kind auf diese Art umgekommen. Sie müsse ja bedenken, daß sie ihre Aussage auch an jenem Tage in der Ewigkeit verantworten müsse, und also so aussagen, wie die Wahrheit sey. Es sey gewiß das Kind daher gestorben, daß sie es gedrüßet, oder so fest an die Brust gedrücket, weil es ja nur eine Viertelstunde nachher noch lebend geblieben. Das Kind habe weiter keine Zufälle bekommen, sondern als sie dasselbe sofort an die Brust gedrücket, habe es eine Viertelstunde einmal Athem geholet, darauf sich gezogen, und wäre verstorben. Sie habe sich an die Erde gesetzet, um zu sehen, ob das Kind noch lebe? da es sich denn noch etwas gereget, darauf tief Athem geholet, sich gezogen und sey gestorben. Da sey ihr die That gleich gereuet, und habe sie sich vorgenommen, dem ersten der ihr begegnen würde, solches bekand zu machen, und sich anzugeben. Es sey ihr aber niemand begegnet. Das Kind habe von Anfang, da es auf die Welt kommen, bis auf den Tag, da sie mit demselben nach Kirchrode gegangen, einen kurzen Athem und volle Brust gehabt. Sonst sey es frisch und gesund gewesen, und habe demselben nichts gefehlet. Das Kind wäre desfalls grämlich gewesen, daß es von der Brust müssen, und zu Kirchrode habe es auch nicht essen wollen, wenig-

nigstens müsse sie glauben, daß die Grämlichkeit davon kommen, weil sie nicht wisse, daß dasselbe krank gewesen.

Man erforderte hierüber der Herren Medicorum Gutachten, und dieses lautete also: „Ew. Hochwohl- und Wohlgebohren haben unterm 1sten dieses Monats unser anderweitiges Gutachten die Inquisitin Marie Sophie Prellbergs betreffend, einzusenden befohlen. Weil einige Umstände in dem neuen Verhör angeführet sind, welche vorhin nicht vorgekommen, ob solche uns etwa bewegen können, von der vorhin geäusserten Meynung abzugehen, oder ob es dabey sein Verbleiben behalte. Diesem geschehenen Auftrag gehorsamst Folge zu leisten, haben wir die vier durch das abermalige Verhör der Inquisitin sowol als der zwo abgehörten Frauens der Crangen und Müllern hinzugekommene Stück Acten sub num. 29. 32. nicht allein fleißig durchgelesen und erwogen, sondern auch mit denen vorhin uns schon bekandten Acten, nochmals conferiret, und darin gefunden, daß das Kind der Inquisitin num. act. 29. eine volle Brust und kurzen Othem gehabt, daß das Kind Zähne gehabt num. act. 31., und aller Wahrscheinlichkeit nach noch mehre Zähne haben durchbrechen wollen, daß das Kind zu der einen Zeit gefüttert sey, zu einer andern die Brust gesogen num. Act. 32. Quæst. I., letzlich aber, daß die Inquisitin ihr Kind selbst an die Brust geleget und gesäuget habe num. Act. 30., daß das Kind, welches bey der Mutter theils durch Verzweifelung, theils durch die Zeit verdorbene Milch geniessen solte, schon krank gewesen. Denn als die Inquisitin es auf den Arm nahm, um mit demselben nach Kirchrode zu gehen, wurde es nicht nur num. Act. 31. Quæst. I. so blaß als Kalch, sondern es wolte auch zu Kirchrode num. Act. 29. nichts essen.

Da wir nun alle diese Umstände zusammen genommen reiflich überleget haben, können wir nicht anders als pflichtmäßig bey unserer unterm 2. Jenner dieses Jahrs ganz gehorsamst eingeschickter Meynung verbleiben, nemlich: es bleibet ohnmöglich aus dem Viso reperto

und

und denen Acten die Gewißheit eines gewaltsamen Todes zu bestimmen, mithin können wir hier in diesem Fall das Corpus delicti ohnmöglich fest setzen, noch weniger der Inquisitin eigenes Geständniß zum Beweise gebrauchen."

Daher wurde erkand, „daß dieselbe, wegen des von ihr eingestandenen Mordes ihres leiblichen Kindes, weil die Aerzte dafür halten, daß solches nicht auf die von ihr angegebene Art um das Leben gekommen, sondern wahrscheinlich eines natürlichen Todes verstorben, zwar mit der Todesstrafe zu verschonen, jedoch ihr zur wohlverdienten Strafe und andern zum Exempel, auf Lebenszeit in das Zellische Zuchthaus zu verdammen sey, wie wir denn dieselbe dazu, kraft dieses condemniren und verurtheilen V. R. W."

Die Bosheit einer Mutter, so alles mögliche gethan, um ihrem Kinde das Leben zu nehmen, und solches bewerkstelliget zu haben glaubet, mindert das Verbrechen keinesweges, wenn sie sich geirret, und des Kindes Tod nicht sowol durch die von ihr an denselben verübte Gewalt, als durch eine Krankheit veranlasset ist (a). Jedoch soll vermöge der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 178. die Strafe in einem Fall härter seyn als im andern. Es ermahnet KRESS ad d. Art. 178. pag. 583. die Richter, ubi lex poenam capitalem in conatum non definit, sibi ab eadem pro possibili temperare (b). In gegenwärtigen Fall hatte vielleicht die Inquisitin, weil sie des Lebens müde war, sich strafbarer gemacht, als sie in der That gewesen. Das Geständniß ist unzulänglich die Todesstrafe zu erkennen, wenn wichtige Zweifel es ungewiß machen, ob ein Corpus delicti vorhanden (c).

(a) SCHILTER *Ex.* 49. §. 128. *pag. m.* 173. LEYSER *Spec.* 610. *Med.* 15. BOEHMER *ad Carpzov. Quæst.* II. *Obs.* 4. *& ad C. C. Art.* 178. §. 11.

 (b) S.

(b) S. auch PUFENDORF *in Proc. crim. Cap.* 25. §. 48.

(c) LEYSER *Spec.* 561. *Med.* 1. 2. HOMMEL *Rhapsod. Obs.* 9. HAGENBRUCH *de Effectu confessionis spontaneae in criminalibus deficiente corpore delicti* §. 14. 24. 26.

CLXXII. Bedenken.

Die Abmeyerung erfordert zwar in der Grafschaft Hoya eine richterliche Erkentniß, aber keinen förmlichen Proceß.

Ein Gutsherr in der Grafschaft Hoya zeigte dem Amt an, daß sein Meyer vieler Schulden halber außer Stand sey, die Landes- und gutsherrliche Praestanda vom Hofe ferner abzuführen. Er begehrte daher, daß dessen Gläubiger edictaliter citiret, das Allodium zu deren Besten taxiret, und dem Meyer anbefohlen werden möge, den Hof nach drey Monaten zu räumen. Als dieses geschahe, beschwerte sich selbiger bey Königl. Hannöverscher Justitzcanzley deswegen darüber, weil man ihn, ohne vorgängiges richterliches Erkentniß, aus dem Besitz des Meyerguts gesetzet hatte, und der vom Gutsherrn ihm beygemessene schlechte Haushalt unerwiesen sey. Nun leidet keinen Zweifel, daß jede Abmeyerung gerichtlich geschehen muß, wenn der Meyer nicht gutwillig weichet (a). Allein es heisset in der Constitution von Redintegrirung der Meyergüter de 1699: „So setzen, ordnen und wollen Wir hiemit ernstlich, daß nicht allein bey unsern Aemtern und andern Niedergerichten im Lande, in denen in diese Verordnung laufenden und darin entschiedenen Fällen, nicht anders als summarie verfahren, und die in obigen enthaltene Verabschiedung promte exequiret, einige förmliche Processus aber desfalls zu führen, keinesweges verstattet, sondern auch bey Unsern hohen Gerichten, die bey selbigen, we-

wegen einiger in diese Verordnung laufender Casuum und Sachen, etwa einkommende Appellationes anderergestalt nicht, als wenn aus dem eingebrachten Libello gravaminum des Unterrichters widerrechtliches, dieser Verordnung entgegen lauffendes Verfahren, sofort augenschein- und sichtbarlich erhellet, angenommen, anderergestalt aber die Sache ad judicem a quo ad exequendum sofort remittiret, in denen Fällen aber, wo eine handgreifliche Injustitz herfür leuchtet, der Appellation zwar deferiret, jedoch sodann die Sache nur summarie cognosciret, und ohne Verstatt- und Zulassung förmlicher Processe nach Disposition und Einhalt dieser Unserer gnädigsten Verordnung schleunigst gesprochen werden solle.„ Nun war dem Amt des Meyers große Schuldenlast und wüster Lebenswandel bekand, mithin es verbunden, dem Gesuch des Gutsherrn Platz zu geben. Besage des *CLII.* Bedenkens gehet das Meyerrecht verlohren, wenn das auf dem Hofe befindliche Allodium Schulden halber verkaufet werden muß, weil nach dessen Verlust der Meyer die Meyerstatt ohnmöglich ferner cultiviren kan, daher ihn dieses nothwendig um selbige bringet. Gleichwie die besten Eigenschaften eines Cridarii nicht behindern können, daß er sich genöthiget siehet, Bonis zu cediren, und einen Concurs über sein Vermögen entstehen zu lassen, so geschiehet eine Abmeyerung Schulden halber mit Recht, wenn gleich nicht der Meyer selbst, sondern dessen Vorfahren sie gemachet haben. In gegenwärtigen Fall hatten ihn keine besondere Unglücksfälle herunter gebracht, und gleichwol ergab das Taxatum allodii, wie sehr er den Hof in Verfall gerathen lassen, da das vorhandene Vieh, Pferde- und Wagengeschirr nur auf 63 Rthlr. 8 gr. taxiret wurde. Die Königl. Justitzcanzley erkandte daher 1771: „Weilen Acta und besonders das Liquidations-Protocoll, samt dem Taxato allodii, den Verfall des Hofes, und daß des Klägers Schulden, ohne Veräußerung seines Allodii, nicht bezahlet werden können, ergeben, mithin er außer Stand ist, das Meyergut ferner zu cultiviren, so hat das Amt der Constitution von 1699 gemäß, ohne einen förmlichen Proceß zu veranlassen, ihn auf

des

Gutsherrn Gesuch, billig genöthiget, den Hof zu räumen, daher Beklagter von angestelleter Klage zu entbinden.,,

(a) von SELCHOW *Elem. jur. Germ.* §. 391. Meine *Commentation de Jure villicorum Cap.* 8. §. 22.

CLXXIII. Bedenken.

Von dem Recht eines Collecteurs an den Douceurgeldern, welche derjenige zahlet, der einen großen Gewinnst in der Lotterie gethan.

Titius, welcher in einer Lotterie 15000 Rthlr. gewonnen hatte, schenkte dem Juden Nathan, von dem er das Loos bekommen, einige 100 Rthlr. Dessen Bruder Levi vermeinte, daß ihm solche gebührten, weil er eigentlich Collecteur gewesen, die Loose von der Lotteriedirection empfangen, und nur einige davon dem Nathan gegeben hatte, um sie unter zu bringen, daher dieser ein Subcollecteur und sein Mandatarius sey. Der Richter erster Instanz erkandte: „Nachdemmahlen ex actis erhellet, daß Kläger das Lotterieloos sub num. 11143 als Collecteur in seiner Collection gehabt, und er solches nebst mehren Loosen seinem beklagten Bruder, als Mandatario, lediglich zur Unterbringung zugestellet habe, und dann klaren Rechtens daß ein Mandatarius zur Restitution dessen, was bey Gelegenheit des Mandati an ihn gelanget, verbunden sey, ferner auch nicht geleugnet werden kan, daß Partes in hoc negotio ihre Dienste, welche die Douceurgelder qu. nach sich gezogen, reciproce zu gemeinschaftlichen Nutzen angewand haben, daß dannenhero Beklagter um somehr dem Kläger die Hälfte der erhaltenen, bey dergleichen Fällen gewöhnlichen Douceurgeldern, (womit dieser auch zufrieden seyn will) zu vergüten habe, da er ohne gedachtes Loos aus dessen Collection erhalten zu haben, die andere Hälfte dieses Quæstus, auch nicht für sich hätte bekom-

men können. Dieser Spruch ist in der Supplications- und Restitutionsinstanz bestätiget, worauf Nathan an die Königl. Hannöversche Justitzcanzley appellirte.

Nun wurde zwar eingewand, die Lotteriedirection, welche den Tod des Vaters der Juden nicht erfahren, hätte selbigen die Loose zugesand, und ein Bruder zu dem Handel so viel Recht gehabt, als der andere. Allein man sehe das Geschäfte zwischen den Herrn der Lotterie und den Collecteurs, als eine Locationem conductionem operarum, oder als ein Mandatum an, so nehmen jedoch die aus solchen Contracten entspringende Rechte, mit dem Leben des Locatoris oder Mandatarii ein Ende (a). Da nun Levi sich des Geschäfts unterzogen, und ein Director der Lotterie bezeugte, mit Nathan in keiner Abrechnung zu stehen, so war derselbe nur ein Subcollecteur und Mandatarius seines Bruders. Aber hieraus folget nicht, daß er ihn alles in dieser Qualität empfangene heraus geben muß. Wenn der Mandatarius eine solche Person ist, welche durch den Handel, den sie übernommen, ihren Lebensunterhalt zu erlangen suchet, so ist nicht zu vermuthen, daß von ihr solches aus Freundschaft, ohnentgeldlich geschehen, sondern es müssen die geleistete Dienste vergütet werden (b). Wer kan aber glauben, daß ein Handlung treibender Jude, zum Vortheil seines Bruders, sich Mühe geben werde, Loose unterzubringen? Ein Directeur der Lotterie bezeugte, es sey die Douceur des Collecteurs nicht bestimmet, und hange von der Generosität des Gewinners einzig und allein ab. Auch äusserten zwey Directeurs, daß wenn zwischen den Subcollecteur und Collecteur keine besondere Abrede oder Contract vorgegangen, ihrer Meinung nach, der Subcollecteur zur Theilung des empfangenen Douceurgeldes nicht gezwungen werden könne. Ueberdem declarirte der Gewinner, daß die gesamte Douceurgelder, welche Nathan von ihm empfangen, er dergestalt erhalten habe, daß er solche für sich allein behalten, und davon keinen Menschen Rechenschaft, vielweniger aber davon jemand das geringste abzugeben verbunden sey.

Dieses ist alles den Rechten gemäß, weil sogar in einer Societät (die hier nicht vorhanden) nur das Lucrum quæstuum zur Theilung kömt, nemlich was durch des Gesellschafters Arbeit und Fleiß erworben wird. Die Erlangung des grossen Looses verursachet aber nicht mehr Mühe, als dasjenige, womit nichts gewonnen wird, und sie verdienet daher, den Rechten nach, keine Vergeltung. Daß das Geschenk Occasione mandati geschehen, thut nichts zur Sache. Wer mir zu einem vortheilhaften Handel Gelegenheit gegeben, der kan deswegen keinen Theil meines Gewinstes fordern. Es wurde daher erkand: „Weilen den Rechten nach so wenig der Collecteur als Subcollecteur einige Douceurgelder von dem Gewinner des Looses zu fordern berechtiget ist, dieser aber declariret hat, daß er, niemanden davon etwas abzugeben, verbunden seyn solle, so ist vom Richter erster Instanz übel gesprochen und wohl appelliret, mithin Beklagter von der wider ihn angestelleten Klage, zu absolviren."

(a) Morte mandatarii mandatum extinguitur, quia personæ industria electa creditur, quæ in heredes cum bonis non transmittitur VOET *ad ff. Tit. Mandati* §. 16. HELLFELD *Jurisprud. for.* §. 959.

(b) Honorarium peti potest, si mandatarius talis est persona, quæ officium aliquod, tanquam artificium, lucri vel potius sustentationis suæ causa exercet LAUTERBACH *C. T. P. Tit. Mandati* §. 15. STRYK *U. M. d. t.* §. 18.

(c) Quæstus intelligitur, qui ex opera cujusque descendit L. 8. ff. pro Socio, & licet in contractu societatis placuerit, ut lucri & quæstus socii sint, id tamen de lucro quæstuario intelligendum est BRUNNEMANN *ad L. 7. ff. pro Socio num.* 2.

CLXXIV. Bedenken.

Ob und wiefern die Ungewißheit des Corporis delicti, und die Blödigkeit des Verstandes eines Inquisiten die Strafe des Kindermordes mildert.

Als man des Heinrich Lutters Stiefkind tod in der Wiege, und an selbigen einige Merkmale äusserlich erlittener Gewalt fand, entstund um demehr der Verdacht, daß Lutter selbiges ums Leben gebracht habe, weil er es nicht leiden können, und sich dessentwegen vielfältig mit seiner Frau gezanket hatte, auch er allein bey dem Kinde in der Stube gewesen, als es gestorben. Die Zeichen am Halse und Gesicht schienen zwar von einer äusserlichen Gewalt entstanden zu seyn. Man fande aber auch in des Kindes Magenmund vier Würmer, welche, nach der Sectorum Meinung, einen Krampf in der Brust verursachet, und dadurch dessen Leben ein schleuniges Ende gemacht, oder auch das Kind sich selbst in der Todesangst die Maculas und Impressiones beygebracht haben könte, daher sie zwar dafür hielten, daß es an einer Suffocation gestorben, ob aber solches modo naturali oder violento geschehen, sich zu behaupten nicht getraueten. Man begehrte hierüber von der medicinischen Facultät zu Göttingen ein Gutachten, und dieses erhielt unter andern folgendes: „Was die nächste Ursach des bey diesem Kinde erfolgten plötzlichen Todes betrifft, so stimmen allerdings die mehreste, sowol bey der Section bemerkte, als von andern Personen zwar am Cadavere des Kindes wahrgenommene widernatürliche Beschaffenheiten, darin überein, daß dasselbe ex suffocatione verstorben sey. Es erhellet diese Art des Todes bey demselben zwar schon wahrscheinlicher Weise aus dem Viso reperto, da nach dessen Inhalt uterque lobus pulmonum (wodurch ohne Zweifel beyde Lungen verstanden werden sollen) blau und mit Blut unterlaufen gewesen, ferner die Gefässe der duræ matris, wobey vornemlich auf des-

sen Sinus gesehen seyn wird, und vornemlich der Gefässe Cerebri & cerebelli, worunter wahrscheinlicher Weise die Gefässe der piæ matris begriffen, oder vorzüglich angedeutet werden sollen, sehr ungewöhnlich mit Blut angefüllet befunden worden, zumalen auch ebenfalls nach dem Viso reperto der Hals, obgleich nur auf der rechten Seite, wie auch in der Gegend, wo sich die innere Maxilla endiget, und mit dem Processu mastoideo verbindet, oder vielmehr an demselben gränzet, dicker, als die linke Seite, und, wie sonst natürlich, wahrgenommen worden: es wird aber solche Art des Todes bey diesem Kinde durch die Aussagen mehrerer Personen noch mehr bestätiget, indem, wie die Mutter des Kindes, da sie solches gleich nach dem Tode gesehen (act. pag. 96.), erzählet, das Kind um dem Kopf blau, und die Zunge ihn ein Glied, oder beynahe ein Zoll lang aus dem Munde gestanden, und wie Jürgen Andreas Meinecke (act. pag. 102.) anführet, welcher das verstorbene Kind unter den Herzukommenden zuerst gesehen, und solches gleich damals wahrgenommen, daß es blau im Gesichte gewesen, die Zunge ihm einen halben Zoll aus dem Munde, der Schweis über den Munde, und vor dem Kopf ihm in Perlen gestanden, auch wie der Pastor Ehren Reiche, welcher fast eine halbe Stunde nach dem Meinecken das verstorbene Kind gesehen, in seinem Bericht (act. pag. 112.) angezeiget, er an dessen Cörper ein sehr aufgetriebenes und schwülstiges Gesicht, und die Zunge etwa ein klein Finger Glied lang aus dem Munde vorstehend befunden; Endlich auch der Chirurgus Pape, bey seiner ersten Besichtigung des Kindes, des Morgens früh nach dessen Tode (act. pag. 44.), wahrgenommen hat, daß das Kind an beyden Seiten, besonders aber der rechten Seite des Halses, stark geschwollen gewesen; welche sämtliche Nachrichten von der gar leicht wahrzunehmen gewesenen äussern Beschaffenheit des Kindes, kurz nach seinem Tode, eine geschehene Suffocation desselben allerdings sehr wahrscheinlich machen können.

Ob zwar nun nicht jede Umstände, woraus nach den besten Schriftstellern, Zeichen einer geschehenen Erstickung hergenommen werden

den können, im Viſo reperto, und in den Ausſagen anderer Perſonen erwehnet werden, noch die wirklich ertheilte Nachrichten von der äuſſerlichen Beſchaffenheit des Cadaveris des Kindes, unter ſich völlig übereinſtimmen, einige derſelben auch mehrere Umſtände, wie die andern, angeben; über dieſes die Zeichen einer geſchehenen Suffocation überhaupt manchen Zweifel ausgeſetzet ſind, wie HEBENSTREIT Anthropol. for. Sect. II. Membr. II. C. I. §. 32. pag. 336. ſaget: Signa ſuffocationis in ſeſe ſunt ambigua, und Cap. II. Art. III. §. 5. pag. 486.: Signa veræ ſuffocationis in genere ſumta, & quæ ſeſe ad omnes ſtrangulationis modos extendant, certa nulla ſunt, cum variæ mortes ſubitaneæ, eadem, quam ſtrangulatorum ſunt, ſigna in funere relinquere ſoleant; So bleibet hingegen dennoch zu bedenken, daß nicht allezeit bey entſtandenen Suffocationen, und zwar bey dieſen ſo wenig, wie bey andern widernatürlichen Vorfallenheiten, ſämtliche Zeichen derſelben zugleich Statt finden, noch wahrgenommen werden können; die im Viſo reperto aber doch, und in den Ausſagen mehrerer glaubwürdigen Perſonen enthaltene und zuvor angeführte Beſchreibungen von der innern und äuſſern Beſchaffenheit des Cadaveris des Lutterſchen Stiefkindes die vornehmſte Zeichen, und welche ſchon für ſich hinlänglich ſeyn können, von erlittener Suffocation deſſelben angeben; auch daß diejenige Verſchiedenheit, welche in den Ausſagen anderer Perſonen, und im Viſo reperto in Betracht des äuſſern Anſehens oft erwehnten Kindes angetroffen werden, theils von der kurzen und vorübergehenden Beobachtung ſolcher Perſonen, theils von der Veränderung, welche von ſelbſt am Cadavere bey Verflieſſung einiger Tage, vom Tode bis zur Section, erfolgen können, wie HALLER nach zuverläßigen Erfahrungen, Elem. Phyſiol. Tom. II. pag. 221. 222. lehret: Stringit frigus animalem fibram atque breviorem reddidit. --- A frigore fit, ut ſanguis in ſtrangulatis hominibus congeſtus a morte ſponte evaneſcat; vornemlich ihren Urſprung haben mag, und dem auch über dieſes die angeführte Ungewißheit der Zeichen einer geſchehenen

Suffocation sowol in Ansehung mancherley vorkommender besonderer zuweilen verwickelter Umstände, als in Betracht der Ursachen, wodurch solche zusammen gebracht worden, nur relativisch zu verstehen seyn. Nach sorgfältiger Erwegung dieser sämtlichen Gründe, und besonders noch, daß bey dem Lutterschen Stiefkinde sich zuvor keine beträchtliche Kränklichkeit zu äussern geschienen, und keine Art eines aus innerer Ursach entstandenen kränklichen Zufalls, wovon es gestorben seyn mögte, von dessen Vater, welcher allein kurz vor dessen Tode bey ihm gegenwärtig gewesen, auf einige wahrscheinliche Weise angegeben worden, auch ausser den Merkmalen der Suffocation alle Eingeweide des Kindes von ganz natürlicher Beschaffenheit angetroffen worden, können wir nicht wohl noch einigen Zweifel hegen, daß dieses Kind ex vera suffocatione verstorben sey.

Um nun aber auch die Frage, ob solche Suffocation des Lutterschen Stiefkindes nicht auch modo naturali von denen im Magen desselben gefundenen vier Lumbricis, deren jeder nach der Erzählung des Chirurgi Pape (act. pag. 47.) etwan vier Ellen lang gewesen, zumalen ausser diesen ein viel grösserer im Intestino duodeno angetroffen worden, nach Vermuthung des Verfassers des Visi reperti, und zwar weilen erstere vier Lumbrici alle auf einmal mit ihren Köpfen in den untern Magenmund gestecket, und denselben fast angefüllet hatten, habe zuwege gebracht werden können, den Acten gemäß zu entscheiden, so müssen wir zwar überhaupt, nach den Wahrnehmungen bewährter Aerzte, als hinlänglich ausgemachet ansehen, daß wirklich zuweilen von Lumbricis sehr gefährliche und selbst tödtliche Zufälle, vornemlich bey Kindern sich plötzlich ereignen, welche alsdenn besonders der Bewegung und dem Nagen der Würme, an denen mit vorzüglicher Empfindlichkeit versehenen, und mit den übrigen ganzen Körper, besonders dem Kopfe und der Brust, vermittelst der Nerven in grosser Gemeinschaft und Zusammenhang stehender Häute des Magens oder der Gedärme, mit gutem Grunde zugeschrieben werden können, wie sol-

ches

ches aus vielen der besten practischen Schriftsteller, unter andern des van DOEVEREN Differt. de Vermibus intestinalibus hominum pag. 62. des Petr. Sim. PALLAS Differt. de Infestis viventibus intra viventia pag. 21. des van den BOSCH Historia constitutionis epidemicæ verminosæ pag. 367. sqq. genugsam erhellet. Können auch nicht unbemerkt lassen, daß wenn der Tod auf einen Insultum apoplecticum oder auf Convulsiones erfolget, ohne welche leztere doch Lumbrici intestinales nicht leicht einen plötzlichen Tod veranlassen können, wie auch van SWIETEN Comment. in aphor. Boerhavii Tom. IV. pag. 719. lehret: Hactenus dicta satis probant, sæpius mortem vermibus imputandam esse, sive lentam, dum miseri infantes ob nutrimenti defectum, tumente abdomine, vero marasmo pereunt, sive subitam, dum diris convulsionibus necantur; an den Cadaveribus die vornehmsten Merkmale einer geschehenen Suffocation ebenfalls angetroffen zu werden pflegen. Qui convulsive moriuntur, sagt HEBENSTREIT, qui apoplectici pereunt, similiter ac præfocati ventriculos cordis sanguine plenos habent, illis venæ majores atque piæ matris sunt conspicuæ, facies rubet, ut sane, quo proprio suffocatorum signo violentum illud mortis genus definiri debeat, clare semper haud constet. Anthrop. for. Sect. II. Membr. II. Cap. II. Art. III. §. 5. pag. 486., und was dem Fall des Lutterschen Stiefkindes anbetrift, scheinen auch theils die wahrgenommene Lage der vier Würme in den untern Magenmund, worin sie das Ansehen gehabt, als wenn sie alle zugleich durch denselben hätten kriechen wollen, theils der an der innern Fläche des Magens vorhanden gewesene kleine rothe Flecken, obgleich die Stelle und Gegend, wo derselbe sich befunden, nicht angezeiget worden, solche Vermuthung, daß die Würme durch einen starken Reiz und Nagen an den Häuten des Magens, einen tödlichen Zufall bey dem Kinde zuwege gebracht haben mögten, allerdings einigermassen zu bestätigen.

Im Gegentheil wird aber dennoch solche Vermuthung durch manche Gründe, und bey dem Tode des Lutterschen Stiefkindes vorhanden gewesene Umstände, sehr unwahrscheinlich, indem nicht nur überhaupt unter denen von erwachsenen, und besonders von Kindern, welche bald mehrere, bald wenigere Würme bey sich haben, und davon mit so vielerley kränklichen Beschwerden befallen werden, gar sehr gemeinen und sehr häufig vorkommenden Fällen, diejenige allerdings höchstselten beobachtet worden, wobey Kindern oder Erwachsenen plötzliche, und in kurzer Zeit tödliche Zufälle allein von Würmern veranlasset worden, und derowegen bey einen zweifelhaften Vorfall eines plötzlichen Todes, die Beschuldigung einiger in den Magen oder den Gedärmen gefundener Würme, als einer Ursach desselben, nicht viele Wahrscheinlichkeit vor sich hat, sondern auch in dem insbesondere, wenn heftigere und in kurzer Zeit tödlich gewesene Zufälle von Würmern entstandenen, motus epileptici einige beträchtliche Zeit angehalten, oder auch nach einigen Zwischenzeiten, mit mehreren Anfällen, die Kranken befallen haben; von den Lutterschen Stifkinde aber doch nichts in den Acten erwähnet wird, daß es sonsten oder kurz vor seinem Tode, welcher etwa eine halbe Stunde, nachdem es fast ganz gesund von seiner Mutter in die Wiege geleget worden, dergleichen Motus epilepticos gehabt habe, sondern vielmehr dessen Stiefvater, welcher nach dem Weggehen seiner Mutter bey ihm allein gegenwärtig gewesen, da er nichts davon gemeldet, ungeachtet er gerne allen Verdacht durch Erdichtung kränklicher Zufälle, die er doch nachher selbst widerrufen, von sich ablehnen wollen, und noch durch seine spätern Aussagen Act. pag. 48. und 166., daß das Kind damals geschrien, und seiner Mutter gerufen, wie auch durch den Zusatz, welchen er mit höhnischen Lachen zu seiner Antwort ad. art. 128. beygefüget, es habe ja keine Luft kriegen können, ein deutliches Zeugniß davon abgeleget, daß das Kind mit keinen Motibus epilepticis ex interna caussa kurz vor seinem Tode befallen sey.

Aus-

Ausserdem aber beruhet der Schluß aus der im Magen des Kindes wahrgenommenen Lage der vier Lumbricorum, daß sie mit ihren Köpfen in den untern Magenmund gehangen, und denselben fast gar ausgefüllet, auf einen gefährlichen Reiz, welcher auf eine ganz ungewöhnliche Weise eine plötzliche Erstickung zuwege gebracht haben könnte, an sich nur in einer bloßen Möglichkeit, welche, ausser den angeführten Gründen, auch dadurch schon sehr unwahrscheinlich wird, daß das Kind kurz vor seinen Tode noch mit natürlichen Appetit gegessen, und sich in seinen Magen, wie sowol im Sectionsprotocollo (act. pag. 19.) angeführet, als vom Chirurgo Papen (act. pag. 47.) erzehlet worden, bey der Section eine mäßige Portion braunen Kohls befunden hat; aber noch um so weniger Beyfall verdienet, da mit einer solchen von Würmern des Magens veranlasseten Suffocation, weder die wahrgenommene Beschaffenheit der Flecken im Gesicht, noch die gefundene Suggillation in dura matre, noch auch die vorzüglich auf der rechten Seite des Halses bemerkte Geschwulst, übereinstimmen; indem auch der nur an der innern Fläche des Magens wahrgenommene kleine rothe Flecken, weil von demselben nicht gemeldet worden, daß er sich an dem Orte befunden, wo sich die Würme aufgehalten haben, sondern solcher der Erzählung nach vielmehr scheinet anderswo sich befunden zu haben, kein gültiges Merkmal eines von den Würmern daselbst geschehenen Nagens abgeben kan, und im übrigen, da er klein gewesen, und nur an der innern Fläche des Magens wahrgenommen worden, in Ansehung des plötzlich erfolgten Todes, nicht als beträchtlich anzusehen ist.

Wie nun also diesemnach eine Suffocation des Lutterschen Stiefkindes von einer innern Ursach, und besonders von einem Reize der in dem Magen desselben gefundenen Würme, nicht wohl hat statt finden können, so sehen wir uns bewogen, nach richtigen Gründen der Arzeneywissenschaft, und den Acten gemäß, für höchst wahrscheinlich zu halten, daß der plötzliche Tod des osterwehnten Kindes vermittelst einer

ner Suffocation von äusserer, und zwar durch den Inquisiten Lutter verübter Gewalt verursachet worden sey.„

Man hielte dafür, es wäre hierdurch das Corpus delicti in hinlängliche Gewißheit gesetzet, als wozu keine solche am Körper des Ermordeten gefundene Verletzung erfordert wird, welche den Tod nothwendig verursachet haben muß (a), wie jedoch von vielen dafür gehalten wird (b). Demnächst trat des Lutters Geständniß hinbey, massen er bekandte, das Kind mit den Daumen und Zeigefinger am Kopfe gedrucket zu haben, damit es sterben mögte. Es wurde jedoch vom Defensore durch viele Zeugen erwiesen, daß der Inquisit nicht allemal richtig im Kopfe sey, zuweilen was Kluges, und zuweilen thörichtes Zeug spreche, auch kindische und unkluge Streiche machte, daher man ihn den Albernen nennte. Ueberdem bezeugte ein Medicus, daß sich bey ihm zu Zeiten Abberrationes mentis in leidlichen Grade fünden, wodurch das Judicium und der Intellectus bey demselben litte.

Nun ist zwar die Albernheit weder ein Furor, noch eine Dementia, sondern eine Fatuitas, welche niemand von der ordentlichen Strafe befreyet (c), insonderheit keinen Parricidam (d). Allein obwol die Schwäche des Verstandes niemand entschuldiget, der eine Uebelthat begangen, von der er wuste, daß sie verboten und strafbar sey, so mildert doch des Thäters schlechte Gemüthsbeschaffenheit die Strafe, weil ein solcher unvermögender ist, durch gute Gründe, die bösen Neigungen solchergestalt zu bändigen, als derjenige, welcher seinen völligen Verstand hat. Wenn er auch zu Zeiten vernünftig handelt, so ist doch zu vermuthen, daß die Krankheit ihn nimmer ganz verlässet, mithin er zur Zeit des begangenen Verbrechens, davon nicht völlig befreyet gewesen (f), weswegen Lutter zwar mit der Todesstrafe verschonet, jedoch auf Lebenszeit in die Karre verdammet wurde.

(a) WERNHER *Tom. I. Part. IV. Obs.* 4. BOEHMER *ad C. C. Art.* 6. §. 12. *pag.* 44. HAGENBRUCH *de Effectu confessionis spon-*

spontanea in criminalibus deficiente corpore delicti §. 27. AEMMINGA *de Fundamento defensionis, quod in vitiosa aut omissa cadaveris inspectione judiciali ponitur* §. 18. *pag.* 48.

(b) HARPPRECHT *Dec. crim.* 93. *num.* 72. 73. 74. VON PUFENDORF *Tom. II. Obs.* 154. §. 4.

(c) STRYK *de Dementia & furore Cap.* 3. §. 9. KRESS *ad C. C. Art.* 179. *pag.* 589. HARPPRECHT *d. l. Dec.* 127. *num.* 13. 15.

(d) BOEHMER *ad Carpzov. Quæst.* 18. *Obs.* 7.

(e) HOMMEL *de Temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus* §. 4. 5.

(f) CARPZOV *Quaest.* 145. *num.* 38. HOMMEL *d. l.* §. 10.

CLXXV. Bedenken.

Eines Meyers Frau, der nach dessen Tode gewisse Regierungsjahre verschrieben sind, kan solche dem zweyten Mann übertragen.

Zur Bestärkung meines CLII. und CLIV. Bedenkens trägt folgende Resolution der Königl. Hannöverschen Cammer, (welche zu erkennen hat, wenn über die Besetzung der Höfe, deren Gutsherrschaft Sr. Königl. Majestät zustehet, erregte Streitigkeiten zu entscheiden sind) etwas bey: „Auf das von Friederich Lücken zu Wallensen wegen nachgesuchter Einräumung seines väterlichen Vollmeyerguts zu Großenbarkel bey Königl. Cammer übergebenes Supplicatum, wird demselben Inhalts des daher unterm 11. huj. erfolgten Rescripti damit zur Resolution ertheilet, daß des Supplicanten Gesuch noch zur Zeit keine Statt finde, da dessen Vater in der mit der Annen Eleonoren Sievers errichteten Ehestiftung derselben 18 Regierungsjahre verschreiben lassen, welche selbige ihren nachherigen Mann und jetzigen Colono auf den Lückischen Hof Georg Heinrich Redecker übertragen

können, auch würklich übertragen habe, und Supplicante diese Jahre abzuwarten schuldig sey, Spplicante aber auch inzwischen als Knecht auf einem Bauerhofe sich zu vermiethen, und die gehörige Kentniß vom Ackerbau zu erwerben, auch die einem Landhauswirthe sonst nöthige Wissenschaft zu erlernen habe, da denn, wenn sich finden wird, daß er sich des Landwesens angelegen seyn lässet, und sich zu einen tüchtigen Hauswirth qualificiret, in der Zeitfolge die Bemeyerung mit seinem väterlichen Gute, ihm nicht versaget werden solle. Erzen den 25. Julii 1771.

Königl. und Churfürstl. Amt.

Dieser Lücke von dessen Vater der Hof herkam, muthete seinen Stiefvater an, ihn solchen abzutreten. Nach den römischen Rechten hatte die Klage Grund, und mit der Mutter Leben, nahm der ihr verschriebene Genuß des Hofes ein Ende. Aber wie würden Wittwen den zweiten Mann finden, wenn er nicht auf gewisse Jahre das Meyerrecht, und demnächst eine Leibzucht erhielte? Dieses geschiehet daher gemeiniglich, weil die Höfe auf andere Weise nicht im Stande zu erhalten sind.

CLXXVI. Bedenken.

Ein Schiffer muß das zu überbringen Empfangene an den gehörigen Ort liefern, und in dessen Entstehung den Eigenthümer schadlos halten, wenn er nicht erweiset, daß die Sachen durch einen Unglücksfall verlohren gegangen, den er nicht abwenden können.

Ein Schiffer beschwerte sich darüber, daß ihm der Kaufmann die volle bedungene Fracht nicht entrichten wolle, weil er $4\frac{1}{2}$ Malter Weizen weniger geliefert, als laut des Frachtbriefes geliefert werden sollen.

sollen. Selbiger und seine Schiffleute leisteten, jedoch ohne daß es der Richter und sein Gegentheil erforderte, einen Eid, daß sie in Bremen 116 Säcke empfangen, und dem Kaufmann abgeliefert hätten, auch so wenig von ihnen, als ihres Wissens von andern, etwas abhanden gebracht sey. Die Stadtobrigkeit erkandte darauf: „Nachdem die Säcke, worin laut vorliegenden Frachtbriefes der quästionirte Weitzen zu liefern gewesen, weder verbleyet, noch sonst versiegelt befunden, und sogar auch deren Anzahl nicht einmal in den Frachtbriefe bemerklich gemachet worden, folglich die Lieferung der in den Frachtbriefe ausgedruckten 5 Last 32 Scheffel keinesweges nach Säcken beurtheilet werden mag, sondern schlechterdings Last- und Scheffelweise berichtiget werden muß, und dann dieses Quantum nach der bekandten Verhältniß 94 Malter $1\frac{1}{4}$ Hbt. hiesigen Maaßes ausgemacht, statt dessen besage beygebrachter Bescheinigung aber nur 89 Malter $3\frac{1}{4}$ Himbten ausgemessen worden, so ist Kläger allerdings verbunden, den Beklagten das Fehlende gefordertermassen mit 4 Malter $3\frac{1}{2}$ Himbten nach dem Preise, wozu dieser Weitzen bereits von Leztern hat wieder verkaufet werden können, zu vergüten. Gleichwie demnächst des Klägers unerheblichen Gesuch, um eidliche Abhörung seiner Schiffleute, in sofern er seine gegenwärtige Intention damit zu unterstützen vermeinet, nicht zu fügen stehet, also verbleibet demselben hingegen vorbehalten, falls er in Ansehung des gegenseitigen auf jedes zu vergütende Malter zu 11 Rthlr. Cassemünze gemachten Anschlages etwas erhebliches einzuwenden haben solte, sich annoch damit vernehmen zu lassen, und weitern rechtlichen Bescheides darüber zu gewärtigen.“

Von diesem Erkentniß appellirte der Schiffer an die Königl. Hanöversche Justitzcanzley, und vermeinte Appellat müsse sich an seinen Verkäufer den Bremischen Kaufmann halten. Er habe versprochen 116 Säcke Weitzen für 116 Rthlr. nach N. zu liefern, und da dieses geschehen, so wäre er für nichts weiter einzustehen schuldig. Dem Bremischen Kaufmann sey beyzumessen, daß er die Säcke nicht verbleyet, noch deren Anzahl im Frachtbriefe gemeldet habe.

Allein es heisset in L. 3. §. I. Tit. Nautæ, caupones &c.: Hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res perierit, vel damnum datum est, nisi quid damno fatali contingit. Ein solches damnum fatale muß derjenige, welcher es vorschützet, erweisen (a), und in dessen Entstehung den Eigenthümer des verlohren gegangenen schadlos halten (b). Einen erlittenen Unglücksfall führete aber der Schiffer nicht einmal an, und vermogte also um deweniger ihn zu erweisen. Solchenfalls muß der Verlust durch seine Schuld geschehen seyn, entweder bey der Lieferung auf das Schiff in Bremen, oder auf der Fahrt. Er ist Culpam lavissimam zu prästiren schuldig, welche allemal vorhanden ist, wenn kein unvermeidlicher Unglücksfall sich zugetragen, wie FABER in Rationalibus ad L. 3. §. 2. Nautæ, caupones &c. also bemerket: Inter illam & casum fortuitum nihil medium est; dem STRYK ad Lauterbach d. t. verb. *Citra culpam* folgendergestalt beypflichtet: Culpa imputata semper adest, quod quis non accuratius res custodierit, si casus fortuitus non accesserit. Wenn gleich jemand vermeinet, alles mögliche gethan zu haben, und nicht zu ersinnen vermag, woher der Mangel rühret, so kan und muß dennoch von ihm etwas versäumet seyn, wenn sich kein Casus fortuitus begeben. Dessen Eid erweiset daher das Gegentheil nicht (c), und zwar in gegenwärtigen Fall um deweniger, da weder die Parthey, noch der Richter solchen vom Kläger und seinen Schiffleuten gefordert hatte (d), sondern vom Gericht derselbe, salvo jure tertii, abgenommen war, daher der Stadtobrigkeit Erkentniß bestätiget wurde.

(a) LAUTERBACH *de Nautis, cauponibus & stabulariis* §. 38. BERGER *O. J. Lib. III. Tit.* 6. §. 8. *not.* 7. COCCEIUS *Jur. controv. Tit. Nautæ, caupones Quaest.* 2.

(b) MULLER *ad Struv. Ex.* 8. §. *CXI. lit.* γ. HEINECCIUS *ad ff. Lib. IV. Tit.* 9. §. 551.

(c) CARPZOV *Part. II. Const.* 26. *Def.* 17.

(d) IDEM *Part. I. Const.* 12. *Def.* 34. *Part. IV. Const.* 17. *Def.* 15. *n.* 3. 4.

CLXXVII.

CLXXVII. Bedenken.

Von Bestrafung derjenigen, welche die Wachte beleidigen.

Als beym Einzug der jungen Bürgerschaft vom Schützenhofe in die Stadt N. Abends nach 10 Uhr, einer derselben Mevius vor der Hauptwachte sein Gewehr lösete, und deswegen zur Haft gezogen wurde, verlangten dessen Cameraden seine Loslassung. Sie wandten sich solcherwegen nicht nur an den Bürgermeister, sondern einige derselben stelleten sich mit Gewehr für die Hauptwachte, forderten drohend und pochend, daß man den Arretirten loslassen solle, und veranlässeten dadurch, daß eine grosse Menge Leute sich auf den Markt versamlete. Man drang in die vor der Wachte gepflanzte Canonen, und wolte auf Zureden der Officiers nicht aus einander gehen, daher die Soldaten endlich Ordre erhielten, die Leute mit Gewalt zurück zu treiben. Dieses geschahe, und wurden dabey einige Schläge ausgetheilet, welches Cajus dergestalt rächete, daß er mit seinem Gewehr einen Grenadier einen so derben Schlag auf den Kopf gab, daß er zu Boden sank, und in Lebensgefahr gerieth.

Nun verdienen diejenige, welche Wachten beleidigen, als Störer der gemeinen Ruhe, eine schwere Ahndung, und man pfleget ihnen eine Hand abzuhauen (a), ja sie wol gar mit der Todesstrafe zu belegen (b). In den Chur-Hannöverschen Kriegesartikuln ist *Cap.* 2. *Art.* 20. versehen: „Wer wenn die Wachte unter dem Gewehr stehet, aus zornigen Muth, den Degen entblösset, der soll am Leben gestrafet werden;„ und *Cap.* 12. *Art.* 16.: „Jedermann soll die Schild- und andere Wachten, der Gebühr nach respectiren, ihnen da er angerufen und befraget wird, bescheidentlich Antwort geben. Würde aber jemand gar Hand an sie legen, der soll des Lebens verlustig seyn.„ Aus der Zeugen Depositionen erhellete nun 1) daß zehen oder zwölf junge Bürger vor der Hauptwachte gepochet, ihr Gewehr

wehr trotzig auf die Erde gestoßen, und den arretirten Mevium los haben wollen. Selbst ein Defensionalzeuge sagte aus, die Bürger hätten sich in Güte nicht bequemet zurück zu gehen, sondern die Ablieferung des Mevii erwarten wollen, obwol die Officiers sie ermahnet nach Haus zu gehen und ruhig zu seyn. Auch bezeugte ein anderer Bürger, daß ihrer zwey gesaget, sie wolten den Mevium los haben, oder in die Wachte hinein. Diese Leute drungen 2) bis an die Canonen, und als sie die Wachte allda nicht leiden wolte, wichen sie nur etwa zwey oder drey Schritt zurück. Endlich folgte 3) der von Cajo dem Grenadier gegebene mörderliche Schlag, welche eine zwey Zoll tiefe Wunde, die Entblössung des Cranii und sehr gefährliche Zufälle veranlassete. Die Handlungen wurden dadurch strafbarer, daß die Inquisiten auch wider den Befehl und die Ermahnungen des Bürgermeisters, als ihrer Obrigkeit, nicht auseinander gehen wollen.

Dieselbe führten zu ihrer Vertheidigung an 1) ihnen sey von den Officiers erlaubet, auf den Markt stehen zu bleiben, und sie dennoch mit Schlägen davon getrieben. Cajus wolte auch 2), weil sich die Leute hinter ihn gestopfet, zu der Zeit, als man denselben geschlagen, unvermögend gewesen seyn, weiter zurück zu gehen, und also wider den Grenadier eine Nothwehr gethan haben.

Allein wenn gleich 1) die Officiers anfänglich, in Hofnung den Tumult zu stillen, nicht rathsam gefunden, die Leute so gleich vom Markt zu jagen, so geschahe doch solches mit grösten Fug, nachdem der Aufstand sich mehrete, und der ganze Markt mit Menschen angefüllet wurde. Die Militz hatte bey dem ganzen Handel nichts widerrechtliches gethan. In der Verordnung vom 4. November 1729 (c) ist das Schiessen und Placken in Städten, Flecken und Dörfern verboten. Es war also eine unerlaubte Handlung des Mevii, daß er gerade vor der Hauptwachte schoß, daher ihm durch die Arretirung nicht zu viel geschahe. Man brauchte auch billig wider die keine Vorstel-

lun-

ungen Gehör gebende Bürger Gewalt (d). Cajus verdiente die Schläge, welche er empfangen, und es ist unverantwortlich, daß er die ihm auf den Rücken gegebene, mit einem Schlage auf den Kopf geahndet hat, welcher tödtlich zu seyn pfleget (e). Dieses lässet sich dadurch keinesweges entschuldigen, daß er wegen der hinter ihn stehenden Leute sich nicht weiter entfernen können. Es war jedoch solches 3) unerwiesen, und deponirte vielmehr ein Defensionalzeuge, auf dem Markt wäre noch Platz genug gewesen, wohin Cajus laufen können. Daher wurde selbiger von der Königl. Hannöverschen Justitzcanzley auf zwey Jahre in die Karre, und zur Erlegung der Cur- und Schmerzengelder, auch eines Viertheils der auf die Untersuchung verwandten Commißionskosten, die übrige aber, welche zwar unerlaubter Weise die Loslassung des Mevii zu bewirken gesuchet, oder dazu Anlaß gegeben, theils zu sechswöchiger und theils zu vierwöchiger Gefängnißstrafe, auch zur Erstattung der übrigen Commißionskosten vertheilet.

(a) CARPZOV *Part. IV. Const.* 13. *Def.* 5. SIMONIS *de Excubiis togatis atque sagatis Cap.* 4. §. 8. *in Præsidio academico Part. II. pag.* 781. BOEHMER *ad Carpzov. Quæst.* 40. *Obs.* 1.

(b) MANZEL *de Excubiis Cap.* 2. §. 34. ENGELHARD *in Jure milit. nat.* §. 366.

(c) Chur-Braunschweigische Landesordnungen *Cap.* 4. *pag.* 279.

(d) ENGELHARD *d. l.* §. 369.

(e) G. F. HARPPRECHT *Decis. crim.* 89. *num.* 38.

CLXXVIII. Bedenken.

Von dem Wiederruf einer Schenkung.

Titius schenkte seinen Diener Cajo wegen geleisteter vieljähriger getreuer Dienste ein Stück Landes, unter der Bedingung, daß er den Umgang mit seinem des Caji Schwiegervater gänzlich meiden,

 ihn

ihn nicht im Hause dulden, und demselben keine Handbreit von dem geschenkten Lande verkaufen oder verpachten solle. Bedunge auch sich und seinen Erben das Recht, die geschenkte Länderey dem Cajo wieder zu nehmen, wenn dieser Bedingung zuwider gehandelt würde. Nach des Schenkers Tode fochte sein Erbe die Schenkung an, und wolte durch Zeugen erweisen, 1) daß Cajus seinen Schwiegervater von des Titii Hofe allerley Eßwaaren heimlich zugeschleppet, mithin sich einer Undankbarkeit theilhaftig gemachet, auch 2) die der Schenkung angehängte Bedingung nicht erfüllet, sondern mit seinem Schwiegervater täglichen Umgang gehabt.

Der erste Grund ist offenbar unerheblich, da kein Erbe es zu rächen befugt, wenn der Donatarius sich wider den Erblasser dergestalt vergangen, daß selbiger solcherwegen die Schenkung widerrufen können (a). Ueberdem wurde Cajus nur beschuldiget, seinem Schwiegervater heimlich Eßwaaren zugeschleppet zu haben. Die Rechte erfordern aber zum Widerruf einer Schenkung jacturæ molem, mithin einen dem Schenker zugefügten grossen Schaden (b).

Der andere Grund ist zwar erheblich. Aber dessen Beweis wurde zu voreilig angetreten, da es Zweifeln unterworfen, wer sich in der Possеßion befand. Titii Erbe wolte behaupten, daß Cajus den wirklichen Besitz des geschenkten Landes nimmer erlanget habe, dieser aber mit Zeugen beweisen, daß er vor dem Lande ein Loch in der Erde zumachen, und den Graben um selbiges aufwerfen lassen. Das Petitorium kan nun mit dem Possessorio retinendæ nicht cumuliret werden, als nur alternative (c), welches hier nicht geschehen. Es wurde daher des Titii Erben auferleget, über Caji Beweisarticul interrogatoria einzubringen.

(a) *L. ult. Cod. de Revocandis donationibus.* ZIEGLER *de Donationibus th.* 38. VOET *ad ff. Tit. de Donationibus num.* 23. HEI-

HEINECCIUS *ad ff. d. t.* §. 131. HELLFELD *Jurisprud. For.* §. 1703.

(b) *L. ult. Cod. de Revocandis donationibus.* VOET *d. l. num.* 22. BOSE *de Revocandis donationibus* §. 31.

(c) CARPZOV *Part. II. Const.* 7. *Def.* 10. BERGER *O. J. L. IV. Tit.* 20. §. 5. *not.*

CLXXX. Bedenken.

Ob die vermöge eines ungerechten richterlichen Erkentnisses einen Dritten geschehene Zahlung dem Schuldner wider seinen wahren Gläubiger in Sicherheit stellet.

Daß einer auf des Richters widerrechtliches Erkentniß geschehenen Zahlung halber die Condictio indebiti nicht angestellet werden könne, leidet keinen Zweifel. Es heisset in L. 1. C. *de Condictione indebiti:* Pecuniæ indebitæ per errorem, *non ex causa judicati*, solutæ esse repetitionem jure condictonis non ambigitur (a). Aber eine andere Frage ist es: ob dem Schuldner solche Zahlung wider den wahren Gläubiger zu statten kömt, der nicht in lite befangen gewesen, und von dem Erkentniß keine Nachricht erhalten hat? Dieses vermeine ich nicht, quia res inter alios acta aliis non nocet, und der Schuldner, wenn er geglaubet, die Zahlung nicht thun zu dürfen, ein Remedium juris wider das Erkentniß zur Hand nehmen müssen (b). Zwar lehret FABER in Cod. Lib. VIII. Tit. 30. Def. 9. das Gegentheil also: Qui auctore Prætore solvit, & servata ea forma, quam Prætor præscripsit, liberatur, licet Prætor male decreverit, si modo per debitorem religio Prætoris bene instructa, nec circumventa sit. Neque imputari debitori potest, cur a decreto tanquam injusto non provocaverit, cum si provocasset, audiri non debuisset, quasi cujus nihil interesset. Aber wenn man,

wie es geschehen muß, voraus setzet, solutionem non factam vero creditori obligationem & actionem haud tollere (c), so ist allerdings dem Schuldner sehr daran gelegen, daß man ihn nicht nöthige, demjenigen zu zahlen, der keine gegründete Forderungen an denselben hat.

(a) MEVIUS *Conf.* 99. *num.* 11. LEYSER *Spec.* 148. *Coroll.* 1. HEINECCIUS *ad ff. Tit. de Condictione indebiti* §. 61. HELLFELD *Jurisprud. for.* §. 829.

(b) FREYER *de Solutionibus Cap.* 3. *num.* 64. GRASSUS *de Solutione tertio facta* §. 7.

(c) L. 12. C. de Solutionibus.

CLXXXI. Bedenken.

Wenn der jüngste Sohn eines Meyers, welchen, vermöge des Herkommens, nach des Vaters Tode der Hof gebühret, ihm seiner jungen Jahre halber vorzustehen nicht vermag, so wird er einen der ältern Kindern zu Theil. Dem jüngsten bleibet jedoch die Läsionsklage bevor, wenn er durch die Ablage verkürzet worden.

Im Amt Uslar gebühret zwar dem jüngsten Sohn des Meyers gemeiniglich der Hof. Weil aber eine Kötherey zu Vahle nicht so lange gebührend cultiviret werden konte, bis selbiger zu seinen vogtbaren Jahren kommen, so wurde dessen ältern Bruder Hans Jürgen Horstmann das Meyergut mit des Amts und der Vormünder Genehmhaltung 1734 für 800 Rthl., eine der Mutter und dem Stiefvater bedungene Leibzucht, und 10 Rthlr., welche dem jüngsten Bruder Christian für den Abstand zu entrichten, übergeben. Diesen Contract fochte der jüngste 1760 an, und begehrte, daß ihm die Kötherey cum fru-

fructibus perceptis & percipiendis restituiret werden mögte. Das Amt erkandte aber am 5. August 1765: „Dieweil ex actis erhellet, daß von der im Amt Uslar hergebrachten Gewohnheit, nach welcher denen jüngsten Söhnen die väterliche Höfe vorzüglich zukommen und übertragen werden, bey vorkommenden Umständen, welche zum Besten der Höfe ein anders erfordern, zum öftern eine Ausnahme gemachet werde, und denn der unterm 31. Martii 1734 gerichtlich errichtete und confirmirte Kauf- und Uebergabe-Contract, vermöge dessen Beklagten die Kötherey qu. mit Klägers leiblicher Mutter und beyderseitiger Vormünder Genehmigung übergeben worden, Einwendens ohngeachtet, für gültig und Rechtsbeständig zu halten, so findet die vom Kläger wegen Abtretung und Herausgabe der väterlichen Kötherey angestellete Klage, immaßen solche angebracht ist, keine Statt. Vielmehr ist Beklagter solche nach Inhalt obbesagten Kauf- und Uebergabe-Contracts fernerhin zu behalten wohl befugt; wogegen Klägern jedoch unbenommen bleibet, den ihm, nach Abzug der bezahlten Schulden, competirenden Kindes Antheil, von der in obbemeldeten Kauf- und Uebergabebriefe stipulirten Kaufsumme, desgleichen das für den Abstand verschriebene Füllen, oder 10 Rthl. an Gelde heraus zu fordern.„

Der Kläger appellirte von diesem Erkentniß, an die Königl. Hannöversche Justitzcanzley, und als ihm solche die gebetene Processe versagte, wandte er sich an das Königl. Oberappellationsgericht. Erhielt aber daselbst am 1. May 1766 folgenden Bescheid: Wenn schon Summa appellabilis vorhanden wäre, und Imploratin für ihren Mann, obwol in Rechten das Gegentheil verordnet ist, agiren könte, die Gewohnheit des Amts Uslar auch, nach welcher dem jüngsten Sohn allemal der Hof zukömt, in regula als erwiesen, anzunehmen stünde; Alldieweilen jedoch diese Regul alsdenn einen Abfall und Ausnahme leiden muß, wenn der jüngste Sohn wegen seines Alters den Hof nicht vorzustehen vermag, und solchergestalt den ältern Kindern ihr Erbtheil, bis zu des jüngsten Heranwachsung, im Hofe zu lassen, und mit dem-

selben in Gemeinschaft zu bleiben, nicht anzumuthen stehet, eben daher aber, und selbst dem väterlichen Willen gemäß, der Hof Anno 1734 dem Imploraten mit Genehmigung des Amts, und auf sämtlicher Vormünder Ansuchen überlassen worden, und gegen diese Veräusserung der Implorantin Ehemann post adeptam majorennitatem tempestive das nöthige vorzukehren, obgelegen, fals aber derselbe vermerken solte, durch sothanes Negotium lädiret zu seyn, ihm solches in separato auszuführen unbenommen bleibet, so kan dem Suchen nicht Statt gegeben werden.„ Es hat auch die Königl. Hannöversche Justitzcanzley in Sachen Groweg contra Groweg erkand, „daß wenn eine Stätte, bis zu des jüngsten Sohns Großjährigkeit, nicht im Stande erhalten werden kan, alsdenn in der Grafschaft Diepholz selbige einen der ältern zugetheilet werden müsse.„

Der Kläger fochte auch solches nicht ferner an, führte aber die ihm vorbehaltene Läsionsklage beym Amte ein, welches ihn jedoch am 7. September 1768 folgendergestalt damit abwiese: „Nachdemmahlen Beklagter die ihm mittelst Kaufcontracts übertragene väterliche Kötherey über 30 Jahr bona fide & justo titulo im Besitz gehabt, und der vom Kläger den 28. Junii 1766 erhobenen Läsionsklage die Praescription entgegen stehet, so findet dessen Suchen, wegen Taxation der geklagten Kötherey und eidlicher Abhörung der vorgeschlagenen Zeugen, zumalen auf die Zeit des Contracts und dermalige Beschaffenheit des Köthergutѕ, auch hauptsächlich darauf, daß die Baurengüter Nachbar gleich thun, und die herrschaftliche Praestanda ohne Ruin der Unterthanen davon entrichtet werden können, zu sehen ist, keine Statt. Vielmehr ist der unter Genehmigung sämtlicher Vormünder errichtete und confirmirte Kauf- und Uebergabecontract vom 31. Mart. 1734., aller Einwendungen ohngeachtet, für gültig und rechtsbeständig zu halten, und solchemnach Kläger ein mehres nicht, als den ihm competirenden Kindes Theil, und das für den Abstand verschriebene Füllen, oder Statt dessen 10 Rthlr. an Gelde von Beklagten zu fordern befugt,

fugt, wie wir denn solchergestalt Beklagten von der angestellten Klage absolviren, und Klägern zur Ruhe verweisen, die Kosten dieser Instanz aber aus bewegenden Ursachen compensiren."

Diesen Spruch reformirte die Königl. Hannöversche Justitzcanzley am 29. Jun. 1769 folgendergestalt: „Daß zwar weil in pupillari ætate des Appellanten keine Verjährung gelaufen, und selbigen wegen der Jahre, da er im Felde gedienet, billig Restitutio in integrum angedeyhet, ihm die Exceptio præscriptionis nicht im Wege stehet, jedoch durch Zeugen zu beweisen oblieget, welchergestalt um das Jahr 1734 die Länderey zu Vahle verkaufet worden, auch wie die Onera des Hofes qu. und überhaupt die übernommene Leibzucht zu ästimiren sey, welchemnächst ferner ergehet was Rechtens." Es wurde also erkand, weil 1) der Kläger zur Zeit des Contracts nur sieben Jahr alt gewesen, und er allererst 1741 pubes worden, zu welcher Zeit die Verjährung wider ihn zu laufen angefangen (a), in den Jahren 1746, 1747, 1748, 1757, 1759, und 1760 er aber als Dragoner zu Felde gelegen, daher ihm die Restitutio in integrum contra præscriptionem longissimi temporis nicht zu versagen war (b). Daß auch 3) der Werth einer Leibzucht bestimmet werden kan, ist oben pag. 323. bemerket. Der Beklagte war von diesem Erkentniß unzufrieden. Er wurde aber in der Supplicationsinstanz gleichfalls sachfällig. Die Erfurthische Juristenfacultät bestätigte am 29. Sept. 1768 die Sententiam a qua, und condemnirte Supplicanten in die Kosten des verzögerten Processes. Ihre Rationis decidendi lauten also: „Obwol der Supplicant in den Wahn begriffen, daß der den Supplicaten in Sententia a qua annoch verstattete Beweis, vermöge seiner in ante actis bereits vorgeschützten, und hiemit per L. 4. C. de Temporalibus appellationibus weiter auszuführenden Exceptionen, ganz irrelevant und unzuläßig sey, indem ob læsionem etiam enormem in contractu emtionis venditionis alsdenn keine Klage erhoben werden könne, wenn der Käufer zur Zeit des geschlossenen Vertrages, daraus nur ein unge-

gewisses Lucrum intendiret, mithin einen Wagehandel eingegangen.

Richter Part. II. Dec. 99. num. 139. usque 142.

Daß es aber in gegenwärtigen Fall diese Beschaffenheit habe, aus dem Kauf- und Uebergabebriefe vom 31. Mart. 1734 genüglich erhelle, gestalt Supplicant mittelst dieses Contracts sowol die sämtliche väterliche Erbschaft vor 800 Rthlr. erkauft, als durch die damals noch illiquiden väterlichen Schulden zu bezahlen, hauptsächlich aber zu einer beträchtlichen Leibzucht auf die ungewissen Lebenstage seiner leiblichen Mutter und Stiefvaters Johann Heinrich Körker sich verbindlich gemachet habe; benebst Supplicat sothanen Vertrag auch deswegen anzufechten ausser Stande sey, weil er seiner leiblichen Mutter, welche denselben mit Supplicanten geschlossen, ihr Erbe worden, und von denen in den Contract der Mutter an illatis ausbedungenen 200 Rthl. seinen Antheil, ohne die geringste Reservation, mit 41 Rthl. 12 gr. sich bezahlen lassen, einfolglich sowol Facta matris zu prästiren schuldig, als auch den Contract selbst andurch genehmiget, und weitern Ansprüchen an Supplicanten tacite entsaget, in dessen allen Betracht, daß das lezte Erkentniß nicht bestätiget werden sollen, sich einiger Anschein hervor thun will.

Dennoch aber und dieweilen der sub num. act. 15. ersichtliche Contract vom 31. Mart. 1734 die deutliche Auskunft giebet, daß Supplicant nicht die väterliche Erbschaft per modum aversionis cum commodis & incommodis universis, sondern nur die nachgelassene in- und vor Vahle belegene Kötherey, samt denen dazu gelegten und specificirten Stücken vor 800 Rthlr. käuflich übernommen, wobey sich, was die Schulden betrift, weil er solche nur von diesen 800 Rthlr., mithin so weit solche allenfalls reichen mögten, zu bezahlen gehabt, gar keine Gefahr und Ungewißheit befunden, so viel aber die in dem Contract bedungene und genau bestimmte Leibzucht an-

lan-

langet, solche gar wohl ad modum & quantitatem probabilem angeschlagen werden kan, mithin, wenn diese so wenig, und dagegen der Werth der erkauften väterlichen Kötherey so viel betragen haben soll, als Supplicat durch die sub num. 38. eingereichte Beweisarticul darzuthun vermeynet, alsdenn an einer vorgegangenen Verletzung des Supplicaten, und der Schuldigkeit selbige zu vergüten, nicht zu zweifeln, siquidem non qualiscunque incertitudo, & quæ discuti potuisset, reparationem læsionis excludit.

Leyser Medit. ad ff. Spec. 205. Med. 3. & 4.

Ferner das Anführen, daß der Supplicat seiner leiblichen Mutter Erbe worden, und auf diese Erbschaft Geld angenommen, mithin den quästionirten Contract stillschweigend genehmiget habe, theils von denselben in Abrede gestellet, theils weil er die Privilegia militum geniesset, ihm nicht sonderlich schaden mag, und über solches alles in altiori indagine beruhet, mithin dem Supplicanten ante definitivam vorstellig zu machen, unbenommen bleibet, als sind wir nach Inhalt des Urtels zu erkennen, und den Supplicanten, wegen Unerheblichkeit seiner Beschwerden in expensas retardatæ litis zu condemniren, billig bewogen worden.„

Selbiger versuchte noch einmal sein Heil in der Restitutions-Instanz, aber vergebens, maassen die Jenaische Juristenfacultät, die vorige Erkentnisse bestätigte, und Beklagten in die anderweit verursachte Unkosten des verzögerten Processes condemnirte, deren Zweifels- und Entscheidungsgründe folgende waren: „Obwohl Supplicant zur Begründung seiner wider die vorige Sentenz habenden Beschwerden anführet 1) daß er die väterliche Erbschaft durch eine Aversion mit allen Vortheilen und Lasten, Inhalts des gerichtlich vollzogenen und n. 14. Vol. I. act. prim. inst. befindlichen Kaufcontracts vom 31. Mart. 1734 gekaufet hätte, maassen der weyland Hans Horstmann weiter

nichts als die Kötherey mit Zubehörungen hinterlassen, und sonst keiner andern Erbschaftstheilung darin gedacht, auch überdem in selbigen erwehnet würde, daß Jürgen Andreas Horstmann, und Marie Elisabeth sowol von ihren väterlichen als mütterlichen Erbtheil, weil sie aus ihrer Großmutter Kirchmeyers Wittwe Ackerhofe zu Quirswald ihr Erbtheil empfangen, gänzlich ausgeschlossen seyn solten; Sodann 2) in beregten Contract keiner Morgenzahl der Ländereÿ und Wiesen, der Gerechtigkeit in Wässern, Wiesen und Weiden gedacht, sondern alles nur überhaupt so wie es der Erblasser besessen und nachgelassen, angegeben worden; 3) auf dem Gute nicht nur ungemessene Dienste hafteten, sondern es auch die Haltung der zuvor nicht ästimirenden Leibzucht, der damals noch rüstigen Mutter und des Stiefvaters, nebst den sonstigen Glück- und Unglücksfällen als einen Wag übernommen, es auch in der Folge geschehen, daß er durch die Kriegeslasten, welche er erweislicher maassen, von dem angekauften Gut, den Nachbaren gleich, geleistet, mehr verlohren, als er durch den Kauf gewonnen; 4) daß er zu den damals zur Zeit des Contracts auf der Kötherey gehafteten, und noch nicht völlig liquiden Schulden, und also auch zu den deshalb zu besorgenden, und nicht zum Ansatz gebrachten Processen, auf seine Gefahr sich verstanden; auch wegen der in den qu. Kaufcontract benandten Leibzucht erwachsenen Processe, nicht nur die Kosten, sondern auch annoch 280 Rthlr. an die Ellermeyersche Erben, ohne daß solches an der Kaufsumme verkürzet werden dürfen, übernommen und erleget hätte; 5) daß Kläger und Supplicat durch die nach beyder Eltern Tode in dem Lager bey Hameln abschläglich angenommene 41 Rthlr. 12 gr. den Kauf als Erbe seiner Mutter ratihabiret, und seine dawider gemachte Einrede, daß er die Gelder und Früchte nur Anlehnsweise von ihm Supplicanten erhalten, nicht erwiesen hätte, solchergestalt ihm nun auch keine Unkosten des verzögerten Processes füglich aufgebürdet werden könten, mithin daß anders als geschehen, zu erkennen gewesen, es das Ansehen gewinnen mögte.

Den-

Dennoch aber und dieweil in der Sentenz num. act. 34., welche nächstdem durch den nachher erfolgten, und num. act. 71. befindlichen Rechtsspruch, dawider Supplicant dermalen das Remedium restitutionis in integrum ergriffen, ihre Bestätigung erhalten hatte Klägern der Beweis, welchergestalt um das Jahr 1734 die Länderey verkaufet worden, auch insonderheit die übernommene Leibzucht zu ästimiren ist, durch Zeugen zu führen auferleget worden ist; Hierwieder nun auch des Supplicantens Beschwerden von keiner Erheblichkeit sind, gestalten ad 1. qu. Kötherey, wenn sie auch allein die väterliche Erbschaft ausgemachet, dennoch ihren gewissen Werth gehabt hat, und selbiger auch zu bestimmen gewesen seyn würde, wenn Supplicant solchen durch Veranlassung einer Würderung heraus zu bringen, sich Mühe gegeben hätte; Dieser Werth sich auch noch dermahlen zu Tage legen wird, wenn Supplicat zuvor den ihm aufgelegten Beweis, welchergestalt um das Jahr 1734 die Länderey zu Vahle verkaufet worden, hinausführen würde, und falls dieses, nebst den übrigen Klägern aufgelegten Beweispunkten, nicht geschehen solte, Kläger alsdenn dasjenige, was ihm in der Sentenz num. 29. Vol. II. besonders auszuführen, nachgelassen worden, nemlich daß er durch den Kaufcontract verletzet worden sey, nicht dargethan haben, und also in dieser Sache zu Beklagtens und Supplicantens Vortheil ohnehin der Sentenz num. 46. Vol. II. gemäß, für ihm gesprochen werden, und er von der Klage entbunden werden wird. Sodann 2) es nicht zu glauben stehet, daß weil Supplicant auf der qu. Kötherey seines Vaters gebohren und erzogen, die eigentliche Stücke oder Zubehörungen derselben nicht besonders solte gewust haben, und allemal auf den Fall, da er sie nicht gewust hätte, es seine eigene Schuld gewesen, daß er sich selbige nicht insbesondere anzeigen lassen; So wie es auch ad 3) bey ihm gestanden, eine Kötherey, worauf ungemessene Dienste haften, an sich zu kaufen, und sich die Grösse einer Leibzucht gar wohl bestimmen lässet, wenn man dabey das gewöhnliche Lebensziel eines menschlichen Alters von siebenzig Jahren annimt, und Supplicanten die gehabte Krieges-

 lasten

lasten dereinsten in Gegenrechnung zu bringen nicht versaget werden wird; Hingegen ad 4) die nicht völlig liquidirte Schulden, so auf der Kötherey gehaftet, Supplicanten nicht werden unbekand gewesen seyn, ausserdem er sich auch selbst zu zuschreiben haben würde, daß er selbige freywillig übernommen, und sich hierdurch zur Ausführung der besorglichen Processe zugleich verstanden; Endlich ad 5) vielmehr Supplicant durch Quitungen, oder sonst sein Vorgeben, daß er Supplicaten nach dieses seiner erlangten Majorennität auf die Kaufsumme die 41 Rthlr. 12 gr. abschläglich bezahlet hätte, darthun, und hierdurch die angebliche Ratihabition des Supplicanten beweisen sollen; Solchemnach das vorige Urtel, wie auch dermalen, nichts anders als mit Vertheilung in die Unkosten des verzögerten Processes ausfallen mögen, so ist demnach, wie im Anschluß enthalten, billig erkand worden.

(a) ODDVS *de Restitutione in integrum Part. II. Quæst.* 90. *num.* 9. STRVV *Ex.* 43. §. 10. BRVNNEMANN *ad L.* 3. *Cod. de Præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum num.* 4. 5.

(b) MANZIVS *de Restitutione in integrum Tit.* 3. *num.* 208. VOET *ad ff. Tit. ex quibus caussis majores num.* 12. VON PVFENDORF *Tom. I. Obs.* 126.

CLXXXII. Bedenken.

Nach Erledigung des Possessorii, muß derselbe Richter das Petitorium entscheiden.

Die Continentia possessorii & petitorii leidet nach den Römischen Rechten keinen Zweifel, da es in L. 10. C. de Judiciis heisset: Nulli prorsus audientia præbeatur, qui causæ continentiam dividet, & ex beneficii prærogativa id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices voluerit ventilare: poenam ex officio judicis imminente ei, qui contra hanc

sup-

supplicaverit sanctionem, atque alium super possessione, alium super principali quæstione judicem postulaverit; und in L. 13. Cod. de Reivindicatione: Ordinarii juris est, ut, mancipiorum orta quæstione, prius exhibitis mancipiis, de possessione judicetur, ac tunc demum proprietatis causa *ab eodem judice* decidatur, welche Verordnung in den teutschen Gerichten angenommen ist (a). Zwar wendet ESTOR in den kleinen Schriften Tom. III. pag. 354. ein, die Lehre von den genauen Zusammenhang des Possessorii und Petitorii, sey ein widerrechtlicher Satz, und er beziehet sich auf die Cammergerichtsordnung. Diese lautet auch Part. II. Tit. 22. also: „Und so die Sache der streitigen Posseß oder Gewähr vor dem Cammergericht geendet ist, und denn die Partheyen solcher Güter oder Gerechtigkeit halben sonst weitern Spruch und Forderung zu haben vermeinten, daß soll vor den ordentlichen Richter solches Guts oder Gerechtigkeit fürgenommen, oder gesuchet werden." Aber daselbst ist die Rede von den Sachen streitiger Posseßionen zwischen Partheyen, so dem Reich unmittelbar unterworfen, welchen die erste Instanz vor den Austrägen nicht genommen werden sollen. Dieserwegen ist keine Abänderung der gemeinen Rechte zu vermuthen, wenn zwischen andern Partheyen vor andern Gerichten Streit entstehet. Wer jedoch die Exceptionem conexitatis causæ vor der Kriegesbefestigung nicht eingewendet, begiebet sich derselben (b).

(a) GAIL *I. Obs.* 32. *num.* 11. WISSENBACH *ad L.* 10. *Cod. de Judiciis.* ZAUNSCHLEIFFER *de Officio judicis suppletorio P. II. Concl. XI.* §. 2. *num.* 5. SCHILTER *Ex.* 21. §. 11. WERNHER *Tom. I. Part. II. Obs.* 305. *in suppl. num.* 59.

(b) WERNHER *d. l. num.* 97.

CLXXXIII. Bedenken.

Ob ein referirter Eid in forma delata zu leisten.

Die Königl. und Chur-Braunschweigische Ober-Appellations-Gerichtsordnung *Part. II. Tit.* 8. *Sect.* 3. §. 2. enthält hievon folgendes: „Wenn derjenige, dem der Eid deferiret worden, solchen referiren will, muß er es in eben den Terminis, in welchen er ihn deferiret worden, thün. Können aber die Partheyen über die Formul des Eides nicht einig werden, soll dieselbe der Sachen Beschaffenheit nach, von Unserm Gericht abgefasset, und der Eid darnach abgeschworen werden." Diese Bestimmung könte nicht Platz finden, wenn die Formula juramenti delati & relati immer dieselbe seyn müste. Das Gegentheil ist auch in *L.* 34. §. 8. *ff. de Jurejurando* folgendergestalt ausser Zweifel gestellet: Non semper consonans est per omnia referri jusjurandum quale defertur, forsitan ex diversitate rerum vel personarum in quibusdam emergentibus, quae varietatem inducunt, ideoque si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi juramenti terminetur. Als daher sich jemand weigerte, den super facto tertii ihm de veritate referirten Eid zu leisten, wurde von Königl. Hannöverscher Justitzcanzley 1771 erkand, daß er nur de credulitate zu schweren schuldig sey (a).

(a) LAUTERBACH *de Relatione jurisjurandi* §. 79. LEYSER *Spec.* 139. *Coroll.* I. RIVINUS *in Programm. X.*

CLXXXIV. Bedenken.

Zur Gültigkeit einer Donationis reciprocæ wird keine gerichtliche Insinuation erfordert.

Zwey Eheleute errichteten vor Notarien und Zeugen einen Schenkungscontract, mittelst dessen einer dem andern das Seinige zum völligen Eigenthum übergab. Nach des Mannes Tode fochten dessen Intestaterben diese Schenkung an, und es gewann das Ansehen, als sey sie nur gültig, sofern das Geschenkte keine 500 Solidos oder 1000 Species Thaler übersteiget (a), wenn gleich die Donatio remuneratoria wäre (b), von welcher die reciproca wenig unterschieden ist (c).

Allein es komt auf der Contrahenten Benahmsung des Contracts nicht allein, sondern vielmehr darauf an, ob er wirklich eine aus Freygebigkeit geschehene Schenkung enthält (d). Daran mangelt es nun, wenn Eheleute einander das Ihrige schenken, welches vielmehr eine Permutatio und Tausch, als eine Schenkung ist, die aus Dankbarkeit geschehen (e), daher SCHILTER *Ex.* 43. *§.* 3. wohl bemerket, Discrimen inter remuneratoriam & reciprocam donationem non male urgere Carpzovium ostendentem insignem effectum circa insinuationis necessitatem (f). Hier ist kein Betrug und keine falsche Vorspiegelung grosser Verdienste zu fürchten, da die Contrahenten wissen, was sie gegen das Geschenkte empfangen, daher zu solchen Geschäft so wenig, als zum Tausch, die Insinuation erfordert wird (g), wenn nicht eine grosse Ungleichheit des Geschenkten erhellet.

(a) LAUTERBACH *C. T. P. Tit. de Donationibus inter virum & uxorem* §. 14. VOET *ad ff. d. t.* §. 4. REMER *de Vero obligationum valore Sect.* 2. *Cap.* 10. §. 22. *Decisiones Cassellanæ Dec.* 152. *num.* 15.

(b) von

(b) von PVFENDORF *Tom. I. Obs.* 18.

(c) LEYSER *Spec.* 434. *Med.* 11.

(d) von PVFENDORF *Tom. III. Obs.* 40. §. 6.

(e) CARPZOV *Part. II. Const.* 13. *Def.* 18. *num.* 3. 4.

(f) ZIEGLER *de Donationibus* §. 27.

(g) VOET *ad ff. Tit. de Donationibus* §. 17. SCHILTER *Ex.* 43. §. 13. *Decisiones Cassellanæ d. l. num.* 12.

CLXXXV. Bedenken.

Ob zu vermuthen, daß dasjenige, so in der Ehestiftung und im Testament dem überlebenden Ehegatten vermachet ist, doppelt gefordert werden könne.

Titius hatte seiner Braut, wenn er vor ihr mit Tode abgienge, in der Ehestiftung 100 Rthlr., und den freyen Sitz im Hause auf Lebenszeit verschrieben. In den nachher errichteten lezten Willen vermachte er derselben 200 Rthlr., und den freyen Sitz im Hause. Sie forderte deswegen 300 Rthlr., und ihr schien zu statten zu kommen, daß wenn nicht dieselbe Summe (a), und zwar nicht zu derselben Zeit (b), auch in demselben Document jemand vermachet worden, ein doppeltes Vermächtniß oder Schenkung geschehen zu seyn scheinet (c). Es heißet in L. 12. ff. de Probationibus: Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, & oblitus se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte æquius videtur ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum probationes quædam a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur cum

petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse: ipse heres id adprobare judici debet.

Allein dieser Lex setzet zwey Vermächtnisse gleiches Inhalts voraus, worin nichts befindlich, welches gläublich machet, daß der Testirer, was er vorhin ausgelobet, zwar verbessern, jedoch keine ganz neue Wohlthat erweisen wollen, ohne auf sein ehemaliges Versprechen Rücksicht zu nehmen. Dieses aber kan Titii Absicht unmöglich gewesen seyn, da er den in der Ehestiftung bedungenen freyen Sitz im Hause, der Frau im Testament anderweit vermachet hatte, mithin war vielmehr zu vermuthen, daß derselbe im leztern alles bestimmen wollen, was die Wittwe aus dem Seinigen zu erwarten habe, als daß er den Inhalt der Ehestiftung vergessen, oder solchen ohne allen Nutzen wiederholen wollen, mithin daß der Klägerin keine 300 Rthl. sondern nur 200 Rthlr. zugebilliget worden. Nicht ohne Ursach wird in L. 12. gesaget, Judici adprobandam esse assertionem heredis. Denn von selbigen heisset es in L. 3. §. 2. ff. de Testibus, illum ex animi sui sententia judicare debere, quid aut credat, aut parum probatum opinetur. Es hält daher BRVNNEMANN ad d. L. 12. samt andern (c) mit gutem Grunde dafür, per eam legem arbitrium judicis non esse exclusum, und REINHARTH *de Eo quod circa reum ex præsumtionibus convincendum & condemnandum justum est* §. 16. conciliari posse per præsumtiones judicis non minus, quam probatione inaritificiali fidem juridicam, consequenter talem certitudinem & cognitionem, quæ ipsum ad hoc vel illud affirmandum vel negandum non tantum inclinare, sed interdum quoque necessitare poterit.

(a) TVSCHVS *Lit. D. Concl.* 517. *num.* 18. 21. *Lit. L. Concl.* 76. *n.* 3. 12. MENOCH *de Arbitrariis Judicum quæstionibus Cas.* 213. *n.* 11. 13.

(b) TVSCHVS *d. l. Lit. D. Concl.* 517. *n.* 21. MENOCH *d. l. n.* 19.

(c) STRVV *Ex.* 35. §. 11. HERTIVS *Vol. I. Resp.* 31. *num.* 5. WERNHER *Tom. III. Part. I. Obs.* 75. *num.* 4.

CLXXXVI. Bedenken.

Vom Mühlenzwang.

Die Gemeinde Beßinghausen beschwerte sich darüber, daß das Amt Grohnde sie nöthigen wolle, auf der Börrier Obermühle zu mahlen, obwohl solches bisher von ihr abwechselnd auch auf andern Mühlen geschehen. Das Amt führte zur Rechtfertigung seines Verfahrens an 1) daß als 1618 Staats von Münchhausen, seine Erbmühle im Dorf Esperde verkaufet, und in dem Entwurf des Kaufcontracts vermuthlich der Käufer folgende Worte gesetzet: „so mit dem halben Theil der Einwohner zu Esperde und Beßinghausen, als alten Mahlgästen berechtiget:" er selbige weggestrichen, der Ueberzeugung halber, daß die Einwohner zu Beßinghausen, auf der herrschaftlichen Obermühle in Börrie zu mahlen schuldig wären. 2) Melde das Amts-Kornregister, daß zu der Ober-Börrischen Mühle die Dörfer Brokensen und Beßinghausen, auch 16 Einwohner zu Börrie zwangsweise gehören. 3) Bezeugte der Hausvogt Probst, daß die Beßinghäuser Gemeinde schuldig sey, den Mühlenbach bey der herrschaftlichen Obermühle in Börrie aufzuräumen und auszuschlagen, welche Dienste in hiesigen Landen für ein Kennzeichen des Mühlenzwangs gehalten würden. 4) Ergeben die Amtsbruchregister von 1691 und folgenden Jahren, daß Leute aus Beßinghausen bestrafet worden, weil sie nicht auf der Ober-Börrier Mühle gemahlen.

Allein indem 1) Staats von Münchhausen gestunde, daß das halbe Dorf Beßinghausen nicht genöthiget werden könne, auf seiner Mühle zu mahlen, äusserte er keinesweges, daß solches zwangsweise auf der Ober Börrier Mühle geschehen müsse. Datur enim tertium, und konten die Leute, vermöge der natürlichen Freyheit, mahlen, wo sie wolten, mithin überall keinen Zwang unterworfen seyn.

Wider selbige machet auch 2) die Annotatio fisci im Amtsregister nicht den mindesten Beweis, noch ist 3) die Gewohnheit dargethan, vermöge welcher in hiesigen Landen die Zwangmühlen-Gäste den Mühlenteich reinigen müssen. Dergleichen Dienste hat man den Unterthanen vielfältig auferleget, ohne daß selbige besondere Ursachen dazu verbunden. Daß 4) denjenigen, welche die Obermühle vorbey gegangen, Strafen dictiret worden, stelleten die Kläger nicht gänzlich in Abrede. Sie leugneten aber deren Beytreibung. Diese erbothe sich das Amt mit den Bruchregistern zu erweisen, welche Glauben verdienen, weil sonst der Rechnungsführer, was er in Einnahme gebracht, aus dem Seinigen entrichtet haben müste, wie auch oben pag. 3. 4. bemerket worden. Um eine Zwanggerechtigkeit zu erlangen, wird die Præscription longissimi temporis erfordert (a), und müssen nicht eben alle Mitglieder einer Gemeinde bestrafet seyn, sondern es reichet hin, wenn das Verbot auf andern Mühlen nicht zu mahlen, allen bekand gemachet ist. Auch hindert es nichts, daß gleichwol die Kläger sich deren vielfältig bedienet, da es gegen das ergangene Verbot geschehen, und aus den Acten erhellete, wie die Obermühle zur Sommerzeit bey großer Dürre vielfältig nicht mahlen kan, welchenfalls man den Leuten erlauben muß, andere Mühlen zu besuchen. Königl. Hannöversche Justitzcanzley erkandte daher 1769: „Würde Beklagtes Amt die Extracte der Bruchregister, welche ergeben, daß die Imploranten binnen einer Zeit von mehr als 30 Jahren, wegen vorbeygegangener Ober-Börrier Mühle bestrafet worden, mit den Originalien bestärken, so ist dasselbe von angestelleter Klage zu entbinden, mithin Imploranten schuldig, allein auf besagter Mühle zu mahlen, es wäre denn, daß der Dürre oder Ueberschwemmung halber, es daselbst nicht geschehen könte, wie wir also in eventum schuldig erkennen, und die Proceßkosten vergleichen.„

Von diesem Spruch supplicirte die Gemeinde, und beschwerte sich darüber, daß man es schlechterdings auf die Bruchregister ankom-

men lasse, da jedoch nicht genug sey, daß die Brüche beygetrieben werden, wenn nicht eine Causæ cognitio vorhergegangen, als in deren Ermangelung sich das Amt durch die in Händen habende Gewalt, in dem Besitz des Mühlenzwanges gesetzet habe. Ihr wurde aber zum Bescheide ertheilet: „Weilen die, nach jedesmahliger vorgängiger Untersuchung, beym Landgericht, in der Unterthanen Gegenwart, dictirte, und vermöge der Register erlegten Strafen, zum Beweis der Verjährung hinreichen, auch bey der erfolgten Acquiescenz kein Mißbrauch der obrigkeitlichen Gewalt zu vermuthen, so findet die eingewandte Supplication wegen Unerheblichkeit der Gravaminum nicht Statt.„

Die Leute versuchten jedoch mit dem Remedio restitutionis in integrum ihr Heil noch einmal, und als die Acten nach Helmstädt verschicket wurden, erkandte die dasige Juristenfacultät, „daß es des eingewandten Remedii restitutionis in integrum ohngeachtet, bey der am 6ten September 1769 publicirten Act. num. 61. befindlichen Sentenz nochmals billig zu lassen, es könten und wolten denn Supplicanten, mit Vorbehalt des Gegenbeweises, beyder Theile Eidesdelation und anderer rechtlichen Nothdurft, binnen 4 Wochen sub præjudicio gehörig erweisen, daß bey denen in den Jahren 1692, 1694 und 1702 zuerkandten Landgerichtsstrafen es sowol an der erforderlichen Causæ cognitione und Publication ermangelt habe, oder daß diese so wenig, als die in dem Jahr 1742 erkandte Strafen, zu ihrer Wissenschaft nicht gediehen seyn, oder daß sie sich, seit dem Jahr 1702 bis 1740 beständig in dem ruhigen Besitz der natürlichen Mahlfreyheit befunden haben, damit würden sie annoch gehöret, und ergehet sodann ferner in der Sache was Recht ist; Die Kosten dieser Instanz aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen und aufgehoben.„ Die Rationes decidendi lauten also: „Obwohl 1) Imploraten, in Ansehung des ihnen angemutheten Mühlenzwanges, nicht nur die natürliche Freyheit, für welche be-

bekandten Rechten nach, die stärkste Präsumtion streitet, sondern auch sogar deren ruhigen Besitz vorschützen, zu dessen Colorirung sie ein Attestat des beeidigten Licentbedienten Stietencron act. num. 2. beylegen, vermöge dessen bezeuget wird, wie nach Aussage der zu Esperde stehenden Licentbedienten, unter Vorzeigung ihrer Manuale, den Imploranten von jeher frey gelassen, daß wenn sie ordnungsmäßig von ihrer Licentreceptur die Accisezettuln genommen, sie nach Gefallen und ihrer Commodität auf einer im Amt belegenen Mühle, wo sie wollen, mahlen können. Hiernächst 2) dieselbe in den Gedanken stehen, daß alle die von dem Imploratischen Amtsanwald beygebrachte Documenta nicht zulänglich wären, ihnen den Besitz durch eine Verjährung zu benehmen, und ein Zwangrecht aufzubürden, in nähern Betracht die Beamte selbst zu Grohnde Act. num. 4. behauptet hätten, daß die Königl. Cammer dem Müller Ohm die Ober-Börrier Mühle mit dem Mühlenzwang über das Dorf Beßinghausen verpachtet habe, und selbigen die Gewehr hievon zu leisten schuldig, mithin sie in dieser streitigen Mühlenzwangssache nicht Richter und Parthey zugleich seyn konten, gleichwol aber doch besagtes Amt Grohnde sich angemasset hätte, die diesfalls von dem Müller Ohm angebrachte Klage anzunehmen, und darauf, ohne sie die Imploranten einmal zu hören, und hören zu wollen, sofort executive zu verfahren, und sie auspfänden zu lassen, welches 3) offenbar auf ein Factum de facto hinausgehe, und zeige, daß ernandtes Amt von Anfang wider seine eigene Ueberzeugung sich in der gegenwärtigen Mühlenzwangssache, als Richter und Parthey geirret habe, hieraus aber sich sattsam zu Tage lege, wie wenig die von eben diesen Amt verfertigte Korn- und andere Register in den streitigen Punkt des Mühlenzwangs wider die Imploranten einen Beweis abgeben mögten, vielmehr da alle die Beamten, welche solche geführet, offenbar bey dieser Sache intereßiret gewesen, dergleichen Annotationes zum Nachtheil eines Dritten, so wenig etwas bewirken, als wenig selbige in solchem Fall, eine mehrere Kraft vor einer andern Privatscriptur, die bekandtesten Rechten nach pro scribente

te nicht das mindeste beweise, haben konten; Bevorab 4) der beygefügte Extract Pachtcontracts lit. A. Act. num. 5. nicht einmal von den angeblichen Mühlenzwange etwas melde, ohnehin aber der Pachtcontract überhaupt wider Imploranten, als dritte Personen, zu keinem Beweis diene, der Extract Kornregisters lit. C. Act. num. 7. aber, außer den ihm anklebenden Mängeln, blos nur von neuern Zeiten spreche, die bis auf das Jahr der angestellten Klage nicht einmal zur Erlangung einer Verjährung zureichend wären; Gleichergestalt die Extracte sub G. & J. ebenwenig einen rechtsgültigen Beweis wider sie bewirken mögten, da ersterer blos eine dem im Jahr 1729 geführten Amts-Kornregister einseitig hinzugefügte Nota des damaligen Rechnungsführers sey, aus dem Extract lit. J. Act. num. 58. aber insofern auch das im Jahr 1557 errichtete und anno 1669 per Notarium Kubling erneuerte und vermehrte Amtslagerbuch, die erforderliche Eigenschaften hätte, dennoch keinesweges von den prätendirten Mühlenzwange sich etwas gewisses hernehmen lasse, wie dieses das hohe Judicium selbst erkand, und eben deswegen auch beyde Extracte sowohl, als die übrige von den Verkauf des Staats von Münchhausen, und den Ausbringen des Ilsenbachs hergenommene Argumente, zur Begründung des streitigen Mühlenzwangsrechts in decidendo für unzulänglich erachtet und gänzlich übergangen hat. Was aber 6) die Extracte der Bruchregister sub lit. E. & H. anbelange, diese um deswillen überall contra tertium nichts beweisen könten, weil selbiger durchgängig die ganz unentbehrlich nöthige Causæ cognitio und Publicatio & executio der dictirten Strafen gänzlich abgehe, verfolglich auch solches weder zu der Imploranten Wissenschaft gelangen, noch von ihnen eine Acquiescenz erfolgen, und wider sie eine Verjährung eintreten können, ausserdem aber es hier an dem zu einer Verjährung nöthigen Termino ad quem und dem Tempore continuo erfehle, und wenn auch gleich dargethan würde, daß von diesem oder jenen Individuo der Implorantischen Gemeinde, die dieserhalb zuerkandte Strafe wirklich erlegt oder beygetrieben worden, dennoch wiederum diese

blos

blos einzelne Membra betreffende Fälle ohnmöglich der ganzen Gemeinde imputiret werden mögten; vielmehr 7) es das Ansehen gewinnen will, daß reformatorie zu erkennen, und Implorantische Gemeinde so lange bey dem Besitz ihrer natürlichen Mahlfreyheit zu schützen gewesen, bis das Imploratische Amt ein anderes in possessorio ordinario oder petitorio ausgeführet haben würde.

Dieweil aber dennoch 1) die natürliche Freyheit auf gar verschiedene Art eingeschränket werden, und gewissermassen wohl ganz verlohren gehen kan, die vor selbige streitende Vermuthung aber alsdenn nicht weiter Platz greifen mag, wo entweder der Beweis des Gegentheils klar vor Augen lieget, oder doch wenigstens eine stärkere Vermuthung desfalls eintritt,

Estor in Disput. de abusu rerum meræ facultat.

daher denn auch 2) die Zwanggerechtigkeit aus gar verschiedenen Ursachen eingeführet, und sowol durch Privilegia, Contracte und Statuta, als auch durch Verjährung und richterliche Erkentnisse erlanget werden kan.

Waldschmidt in Disp. de molendin. bannar. §. 5.

und wenn gleich solche nach dem Römischen Rechte nicht präsumiret wird, sondern bewiesen werden muß, dennoch wenn man den Zustand der Bauern in Teutschland, und die vor alten Zeiten fast durchgängig eingeführte Leibeigenschaft derselben, wovon noch immer die Folgerungen übrig geblieben, und woraus eigentlich das Zwangrecht seinen Ursprung hat, erweget, die aus jenen fremden Rechte entlehnte Schlüsse sich hierauf nicht gar gut anwenden lassen; vielmehr 3) in allem Betracht ehender eine Vermuthung vor dem Zwang, als die Freyheit gegen der Art Leute gefasset werden müßte, immassen wenn auch gleich der Bauer in den neuern Zeiten hie und da seine Freyheit gewissermassen wieder erhalten hat, gleichwol in vielen Stücken die alten Ge-

recht-

rechtsamen in ihrem Wesen geblieben seyn, wie solches noch heut zu Tage bey den Frohndiensten und Dienstzwang sichtbar abzunehmen stehet, in Ansehung deren die Vermuthung gegen den Bauer streitet.

von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts I. Theil pag. 721. seqq.
Estor in Disput. de præsumt. contra rusticos.
Leyser Spec. 665. Med. 14.

Wiewol 4) wenn auch gegenwärtig alles dieses bey Seite gesezt, und der streitige Mühlenzwang blosserdings nach der Vorschrift der Römischen Rechte beurtheilet wird, dem ohngeachtet das Imploratische Amt so viel vor sich hat, daß noch zur Zeit hierin wider die von Imploranten behauptete Mahlfreyheit erkand werden muß, in nähern Betracht, wie bereits zuvor erwähnet ist, der Mühlenzwang bekandten Rechten nach unter andern Modis per præscriptionem acquiriret werden kan, wenn nemlich den Mahlgästen auf andern Mühlen zu mahlen verboten wird, und sie sich bey diesem Verbothe über dreyßig Jahre beruhigen

Peter Müller in Disput. de Molendin. bannar.
Beyer in Delineat. Jur. Ger. Lib. 2. Cap. 7. posit. 27.

Desfalls aber 5), wenn gleich die von dem Amtsanwalde beygebrachte Extracte und Ducumenta sub Lit. A. B. C. D. G. & J. Actor. num. 5. 7. 12. 13. 14. 15. 41 & 58. und die daher genommene Argumenta zur Begründung des streitigen Mühlenzwangrechts nicht zureichend sind, wie solches das hohe Judicium selbst in der Sententia a qua anerkand hat, dennoch die aus den producirten Extracten der dasigen Bruchregister sub Lit. E. & H. Actor. num. 16 & 42. erscheinende Verbothe und desfalls zuerkandten Strafen nebst der Acquiescentz der Imploranten und deren Vorfahren über Rechtsverjährte Zeit sothanes Mühlenzwangrecht sattsam bestätigen, in sofern nicht dieselben entweder ihren gerühmten Besitz der Mahlfreyheit, oder aber die an

daß

gegebene Mängel in Ansehung der dictirten Strafen gehörig erweisen; angesehen 6) die jezt gemeldete Extracte Lit. E. & H. klar ausweisen, daß die Imploranten und deren Vorfahren nicht nur in den Jahren 1692. 1694 und 1702 vor öffentlichen Landgerichte, sondern auch wiederum im Jahre 1742 von Königl. Churfürstl. Cammer wegen dieses von ihnen ausser Augen gesezten Mühlenzwangs in Strafe genommen worden, welches einen Zeitlauf von mehr als 30 Jahren ausmachet, da das Imploratische Amt allemal auf die Vorfälle der Contraventionen invigiliret, und sich in den Besitz des den Imploranten und deren Vorfahren angewiesenen Mühlenzwangs erhalten; Aus den Acten aber 7) noch zur Zeit nicht erhellet, daß Imploranten sich dagegen auf die eine oder andere Art gereget, und in den gerühmten Besitz ihrer natürlichen Mahlfreyheit conserviret haben, vielmehr nach denen in Actis vorkommenden Umständen nicht anders zu schließen stehet, als daß Imploranten sich hierbey völlig beruhiget haben müssen, diese ihre so langjährige Acquiescenz aber ohngezweifelt das streitige Mühlenzwangrecht, wider sie vermittelst der Verjährung eingeführet und befestiget hat

L. 3. Cod. de Præscript. 30 vel 40 annor.

in sofern nicht dieselben, wie gedacht, gehörig erweisen, daß sie sich an dieses Verboth nicht gekehret, sondern beständig in der Zwischenzeit auf anderen Mühlen, wo sie gewollt, gemahlen haben

Leyser Spec. 462. Med. 24. seqq.

oder aber, daß die erkandten Strafen so wenig gehörig untersuchet und publiciret worden, als wenig solches zu ihrer Wissenschaft gelanget sey; Wozu sie 8) um so gewisser gehalten bleiben, als eines Theis das von ihnen sub Lit. A. Actor. num. 2. beygebrachte Attestat gar keine gewisse Fälle bestimmet, und viel zu general abgefasset ist, mithin wenn selbiges auch als ein unbeschwornes Zeugniß völlig Glauben verdiente, zugleich zu dem ihnen obliegenden Beweis ihres angegebenen Besitzes

nicht hinreichend ist, hingegen andern Theils sowol für die damaligen Landgerichtscommissarien, als das hohe Königl. Cammercollegium die rechtliche Vermuthung streitet, daß nicht nur denen erkandten Strafen jederzeit eine genugsame Untersuchung vorhergegangen seyn müsse, sondern auch die Straferkentnisse selbst gehörig bekant gemachet worden,

Cap. 23. X. de Elect.

welche Vermuthung auch 9) noch durch den Extract sub Lit. I. Act. num. 58. unterstützet wird, als nach welchen Imploranten Vorfahren, nebst den Dörfern Börrie und Brockensen, schon vor ganz alten Zeiten in der Ober-Börrier Mühle gemahlen haben, ja wie der Amtsanwald anführet, von Imploranten aber nicht widersprochen werden mögen, die übrigen Mahlgäste den streitigen Mühlenzwang anerkennen, und da die dictirte Strafgefälle allemal der Königl. Churfürstl. Cammer berechnet werden müssen, auch wiederum nicht anders zu vermuthen stehet, als daß solche jederzeit von den Straffälligen beygetrieben worden, wie denn ebenermaaßen die Continuitas temporis aus dem Imploratischer Seits dargethanen Termino a quo & ad quem rechtlichen präsumiret wird,

Arg. L. 6. D. de Usurpat. & Usucap.
L. 15. D. de Divers. tempor. præscript.
Mevius Part. 6. Dec. 172. num. 5.
Idem Part. 9. Dec. 165. num. 16.
Besoldus Cons. 273. num. 8. seqq.

Inzwischen 10) da alles das was das Imploratische Amt hierin vor sich hat, auf bloßen Vermuthungen beruhet, den Imploranten um so mehr annoch der Beweis ihres gerühmten Besitzes und der angegebenen Mängel in Ansehung der dictirten Strafen nachgelassen werden müssen, als selbst der Amtsanwald nicht in Zweifel ziehen können, daß die in dem Jahre 1742 dictirte Strafe bloß von Königl. Cammer angese-

gesetzet, und daß bey dem in den Amte Grohnde lezt gehaltenen Landgericht nicht alle Amtsunterthanen, sondern lediglich nur die Straffälligen vorgefordert worden; wie 11) diese der vorigen Sentenz beygefügte Erklärung die Imploranten von aller Protractione litis freyspricht, und den Grund zu der Compensatione expensarum hujus instantiæ giebet; So ist wie in dem Urtel enthalten, von uns billig erkant."

Ich muß hiebey bemerken, wie das von der Leibeigenschaft genommene Argument der Herren Urtelsfasser, zwar dem Gutsherrn, nicht aber dem Landesherrn zu statten kömt, und daß alle Beßinghäuser keine herrschaftliche Coloni sind, welches denenselben unbekant gewesen.

(a) MEVIUS *Part. I. Dec.* 60. *num.* 8. HERING *de Molendinis Quæst. XI. num.* 108.

(b) WALDSCHMIDT *de Molendinis bannariis* §. 12.

(c) REINHARTH *de Eo quod circa molendinorum extructionem atque bannum justum est* §. 58.

CLXXXVII. Bedenken.

Ob der L. 6. Cod. de secundis nuptiis auch Platz findet, wenn eine Donatio reciproca geschehen, oder ein Testamentum reciprocum errichtet worden.

Diese Frage bejahet nebst andern SANDE Lib. II. Tit. 3. Def. 4. weil es in der Nov. 22. Cap. 28. heißet: Tempus illud considerandum est, secundum quod binubus moritur, & portio inde sumenda, & secundum eam id, quod plus est, contemplantes auferre quod transcendit oportet, & filiis applicare in omni-

 bus

bus talibus non ab initio donatione aut scriptura respicienda, sed qui vocatur eventus considerandus est. Aber hier wird nicht gefraget: Ob die Donatio und das Testamentum reciprocum eine den zweyten Ehegatten wiederfahrne Wohlthat enthält, sondern von den Fall gehandelt, wenn selbigen außer Zweifel lucrativo titulo etwas mitgetheilet worden, welches der Gesetzgeber, zum Besten der Kinder erster Ehe, nicht gestattet (a). Die Ratio legis fällt hinweg, wenn selbigen so bald Vortheil, als Schaden aus der Handlung entstehen können. Solchenfalls ist, wie ich im CLXXXIV. Bedenken angemerket habe, vielmehr ein Tausch, als eine aus Freygebigkeit geschehene Wohlthat vorhanden, und gleichwie jener keine Insinuation erfordert, so kan dieses Geschäfte auch, wegen Mangels derselben, von den Kindern nicht angefochten werden (b).

(a) BARBOSA *ad L. 6. Cod. de Secundis nuptiis num. 3.*

(b) PRENNER *de Portione filiali vitricorum vel novercarum Cap. 3. §. 6.*

CLXXXVIII. Bedenken.

Ein Executor testamenti kan die Capitalien, wovon den Armen Zinse vermachet sind, gegen Empfang des Geldes, jemand cediren.

Cajus, als Executor testamenti, hat ein Capital, wovon den Armen die Zinse vermachet worden, Sempronio cediret, das von ihm empfangene Geld in seinen Nutzen verwand, und bald darauf einen Concurs erreget. Man muthete daher dem Cessionario an, die cedirte Obligation auszuliefern, weil die Cession null und nichtig sey.

Nun hat allerdings ein Executor keine Gewalt, die seiner Verwaltung anvertrauete Güter, zu veräussern (a). Die Cessio ist aber

eine

eine Species alienationis (b). Wenn der Executor in Verfall geräth, so kan ihm überall keine Zahlung mit Sicherheit geschehen (c).

Allein belegte Capitalien, von welchen die aufkommende Zinsen den Armen gereichet werden sollen, sind nicht zu nutzen, und zu conserviren, ohne sie, wenn des Schuldners Credit abnimt, zu beloosen, und anderwärts unterzubringen (d), welche Befugniß daher jedem Executori zustehet, dessen Gewalt die Obrigkeit, ohne gegründete Ursach, nicht einschränken darf (e). Die demselben geschehene Zahlung befreyet also den Schuldner (f). Es ist aber ganz einerley, ob der Executor von diesen, oder von einen Cessionario das Geld empfänget. Lezterer hat sich nicht darum zu bekümmern, wohin solches verwand worden (g). Sempronius wurde daher von der Klage entbunden, und die Armen an den Concurs verwiesen, aus welchen sie, vermöge der Prioritätsurtel, zwar das Capital zu erwarten hatten, an den Zinsen aber einen Verlust thaten (h).

(a) LAVTERBACH *de Executoribus voluntatum ultimarum Cap.* 9. *num.* 97.

(b) LENZ *de Actionibus cessis Cap.* 8. *num.* 5.

(c) LAVTERBACH *d. l.* RHETIVS *de Officio executoris ultimarum voluntatum Cap.* 2. *num.* 3.

(d) BOEHMER *Tom. II. Resp.* 105. *num.* 6.

(e) LYNCKER *Decis.* 350.

(f) LAVTERBACH *d. l. num.* 52. RHETIVS *d. l.*

(g) BOEHMER *Tom. II. Resp.* 91. *num.* 17.

(h) RICHTER *de Privilegiis creditorum Cap.* 7. *num.* 51. BOEHMER *J. E. P. Lib. III. Tit.* 16. §. 30. BERTOCH *de Ratione usurarum in concursu creditorum habenda Cap.* 3. §. 16.

CLXXXIX. Bedenken.

Von dem Subsidio juris, welches eine Obrigkeit der andern versaget.

Wenn der Richter eine vor ihn gehörige Sache entscheiden will, oder entschieden hat, die Citation aber nicht selbst insinuiren lassen, noch das Erkentniß vollstrecken kan, weil des Beklagten oder sachfälligen Person oder Güter in einem andern Lande befindlich, so ist die Obrigkeit des Orts verbunden, auf jenes Gesuch, Insinuationen und Executionen verrichten zu lassen. Weigert sie sich dessen, alsdenn muß der Oberrichter, durch Strafbefehle, dieselbe dazu anhalten (a). Auf solche Weise wird aber selten Remedur erlanget, wenn man sich über das höchste Gericht eines unmittelbaren Reichsstandes zu beschweren hat. Denn die Klage beym Oberrichter erreget vermuthlich einen Proceß mit den die Hülfe versagenden, dessen Endschaft sich in vielen Jahren nicht hoffen läßet, und also wird, auf diese Weise, die Handhabung der Gerechtigkeit schlecht befördert. Man kan zwar die Obrigkeit, welche uns die begehrte Hülfe versaget, gleichergestalt hülflos lassen (b), und dergleichen Retorsiones sind in Teutschland sonder Zweifel erlaubet (c).

Darunter leiden jedoch viele unschuldige Leute. Das billigste Mittel ist also, daß man den Beklagten oder Condemnirten edictaliter citire, welches zuläßig ist, so oft die obrigkeitliche Hülfe versaget wird (d). Erscheinet er alsdenn nicht, so muß in contumaciam verfahren, und erkand werden was Rechtens (e).

(a) CARPZOV *Part. I. Const.* 2. *Def.* 28. und in *Proc. Tit.* 7. *Art.* 3. *num.* 16. BESOLD *in Thesaur. voc.* Bitt= und Ersüchungsbrief *pag.* 107. SCHILTER *Ex.* 46. *th.* 17. SCHULZ *de Citatione subsidiaria Cap.* 4. §. 4. MARCHDRENCKER *de Executione subsidiali Cap.* 3. §. 21.

(b) MUL-

(b) MULLER *de Citatione subsidiali Cap.* 3. §. 20.

(c) STRYK *de Jure retorsionis Cap.* 5. *num.* 18.

(d) BRUNNEMANN *ad L.* 5. *ff. de Poenis num.* 5. BERGER *O. J. Lib. IV. Tit.* 14. §. 1. *not.* 5. MULLER *d. l.* §. 18. HERTIUS *Vol. I. Resp.* 534. *num.* 5. WERNHER *Tom. I. Part. III. Obs.* 192. ZWIERNLEIN *Dissert.* 2. *de Litteris requisitorialibus* §. 13.

(e) MULLER *d. l.* §. 21.

CXC. Bedenken.

Wem der Beweis oblieget, wenn dem Cessionario die Exceptio L. Anastasianæ entgegen gesetzet wird.

Es ist kein Betrug noch eine Verstellung zu vermuthen, daher zu folgen scheinet, als müsse der Schuldner den Beweis übernehmen, wenn er vorschützet, die Cession sey falsch, und dem Cedenten weniger bezahlet, als das Instrumentum cessionis besaget (a). Allein daß es auf die Angabe desselben nicht ankomme, erweiset der L. 22. Cod. Mandati, worin versehen, ut si quis datis pecuniis subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem & usurarum ejus, actiones exercere permitti, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit. Es ist nicht möglich, daß der Schuldner Beweis führen mag, er müste denn es auf seines Gegentheils Eid ankommen lassen, welches hart ist. Vielmehr lieget also dem Cessionario selbiger ob, weil er sich in einem Facto gründet, welches, eben angeführten nach, die bloße Cession nicht erweiset (b). Dieser ist jedoch keinesweges alle Kraft zu versagen. Ein Bedienter gabe an, daß er seinem Herrn, unter eines andern Namen 2000 Rthl. geliehen habe, um ihn nicht mah-

mahnen zu dürfen, wenn keine richtige Zinszahlung erfolgte. Dieses war sehr gläublich, und da der vermeinte Creditor vor Notarien und Zeugen bekandte, daß ihm kein Recht an der Obligation, sondern diese dem Bedienten zustünde, so wurde selbiger zum Erfüllungseide gelassen, wie denn das Königl. Ober-Appellationsgericht, in Sachen von Leuthe contra Willerding eben also erkand hat.

(a) MEVIVS *Part. VII. Dec.* 444. LENZ *de Nominibus & actionibus cessis Cap.* 25. *Membr.* 4. *num.* 28. 29.

(b) BRVNNEMANN *ad L.* 22. *Cod. Mandati num.* 1. SANDE *de Actionum cessione Cap. XI. num.* 12. LAVTERBACH *C. T. P. Tit. de Hereditate vel actione vendita* §. 72. SCHOEPFER *de Cessione L. Anastasianae Cap. I. num.* 36. MVLLER *ad Struv Ex.* 23. *th.* 80. *lit.* z. BEYER *ad L. Anastasianam th.* 12. PESTEL *de L. Anastasiana* §. 16. 42. 47. 50. 53. 56. 60.

(c) STRVV *Ex.* 23. *th.* 80. VOET *ad ff. Tit. de Hereditate vel actione vendita* §. 18. HERTIVS *Vol. II. Dec.* 903. *num.* 3. 4.

CXCI. Bedenken.

Die Meyerhöfe sind von sehr unterschiedener Grösse, und einige weit mehr belastet als andere.

Wider die pag. 314. befindliche Urtel wurde das Remedium restitutionis in integrum zur Hand genommen, und zu dessen Rechtfertigung angeführet, das Erkentniß sey zwar in thesi den Rechten und Verordnungen in alle Wege gemäß. Aber es setze irrig voraus, daß die Imploranten Vollmeyer und die Imploraten Halbmeyer wären. Nur einer von jenen habe 100 Morgen, und die andere 80 Morgen unterm Pflug, dahingegen zu den Höfen der sogenandten Halbmeyer 55, 60 und 65 Morgen gehörten. Von jenen dieneten Drey 36 Tage, und Zwey 16 Tage, von diesen aber Drey 16 Tage und einer 36 Tage.

Allein es sind die Lasten der Unterthanen sehr ungleich, und einige Höfe weit mehr beschweret wie andere (a), welches von den Contracten herrühret, so die Vorfahren vor erlangten Erbrecht der Bauren eingegangen, da ein Gutsherr sich besser handeln lassen, wie der andere (b). Ein Vollmeyer muß daher nicht eben noch einmal so viel Land als der Halbmeyer haben.

Als die Dienste vertheilet sind, welche den Landes- und Gerichtsherrn geleistet werden, ist nicht genau untersuchet, ob bey einem Hofe mehr Länderey sey, als bey dem andern, weil wegen zu grosser Ungleichheit der Güter es unmöglich war, die Dienste dergestalt zu bestimmen, wie es mit den Steuren geschiehet. Man machte daher nur einen Unterschied zwischen vollen und halben Höfen, liesse von jenen gemeiniglich wöchentlich zwey Tage, und von diesen einen Tag dienen (c). Daß die Imploraten Halbmeyer sind, hatten die Imploranten gerichtlich eingestanden.

Die Meinung ist sehr ungegründet, daß zu einem vollen Hof mehr als 80 Morgen gehören müssen. In meinen Accessionibus ad Comm. de Jure villicorum Access. 12. ist mit Zeugnissen dargethan, daß bey einigen vollen Ackerhöfen vier und wol 5 Hufen, bey andern aber drey, auch, jedoch selten, zwey Hufen befindlich. Imgleichen daß nicht alle Hufen 30 Morgen halten. Ich selbst besitze, als Gutsherr, mehre volle Höfe, deren jedoch, besage der den Lehnscurien übergebenen Designationen, nur einer aus 80 Morgen, die übrige aber aus 60 und einigen Morgen mehr oder weniger bestehen. Es wurde daher das Restitutionsgesuch, wegen Unerheblichkeit der Causalium verworfen.

(a) Dieser Rechtlichen Bedenken II. Theils IX. Bedenken.
(b) Eben daselbst des III. Theils CXXXII. Bedenken.
(c) Meine *Commentation de Jure villicorum Cap.* 5. §. 16.

CXCII. Bedenken.

Ein Gutsherr kan ohne erhebliche Ursachen die Ehen seiner Meyerleute nicht hindern.

Vermöge der Königl. Constitution von 1719 in den Landesordnungen *Cap. I. pag.* 808. 809. soll ohne des Gutsherrn Einwilligung kein neuer Meyer auf einen Meyerhof genommen werden, und in der Hoyaischen Resolution von 1697 *Art.* 32. ist versehen, „daß wenn die einfreyende Person auf den Meyer- oder Kothhof gelassen werden, denselben besitzen, und daran das Meyerrecht oder die Colonie mit haben soll, die Auflagung vom Gutsherrn geschehen müsse." Dieser verweigerte in besagter Grafschaft solche seines Meyers Wittwe, wie sie zur zweyten Ehe schreiten wolte, und als die Heyrath dennoch vollzogen würde, vermeinte er, daß sie den Hof räumen müsse. Ihr wurde überdem Schuld gegeben, daß sie die Gebäude dem Wetter und Regen offen liegen lassen, auch die Pflanzung der Bäume und des Viehes versäumet habe, welcherhalben nach der Verordnung wegen Redintegrirung der Meyergüter von 1699 *Cap. I. §.* 8. die Abmeyerung Platz findet.

Der Frau war jedoch nicht weniger, als dem ersten Mann, der Hoyaischen Gewohnheit gemäß, bey der Verheyrathung von dem Gutsherrn, auf längst Leib längst Gut, der Hof übergeben, und zu Meyerrecht eingethan, welches derselben ohne eine rechtliche Ursache nicht genommen werden könte. In der angeführten Calenbergischen Constitution ist ausdrücklich verordnet, „daß wenn der Gutsherr ohne erhebliche Ursache in die Ehereceſſe nicht consentiren will, von den Beamten und Obrigkeiten an die Justitzcanzley oder das Hofgericht zu referiren sey, welche den gutsherrlichen Consens allenfalls ex officio zu suppliren, und die Ehereceſſe an des Gutsherrn Statt zu unterschreiben haben." Diese Einschränkung des gutsherrlichen Rechts, ist in der Natur der Sache gegründet, und muß also auch in den Landen

den gelten, in deren Constitutionen sie nicht ausdrücklich enthalten. Denn der Meyer sey ein Erbpächter oder Erbenzinsmann, so kan jedoch, vermöge des Contracts, kein Gutsherr dessen Heyrath hindern, wenn er nicht erweiset, daß sie zu seinen Nachtheil gereichet, daher keinesweges zu vermuthen, daß der Gesetzgeber selbigen ein willkührliches Recht mitgetheilet habe, die Ehen seiner Meyerleute zu verbiethen, als wodurch das gemeine Beste nicht befördert, sondern vielmehr gehindert wird (a).

Es ist ferner in der Verordnung, wegen Redintegrirung der Meyergüter klar versehen, „daß wegen üblen Haushalts kein Meyer sogleich verstoßen werden, sondern ihm ein halb Jahr zuvor die Loskündigung geschehen, und wenn er sich immittelst nicht bessert, und die befundene Mängel abstellet, auch beständige Hofnung machet, bey solcher Besserung zu beharren, und deswegen Caution stellet, alsdenn er gehalten seyn solle, den Hof zu räumen.„ An solcher Warnung fehlete es hier aber gänzlich, und wurde daher von Königl. Justitzcanzley 1772 erkand: Weil der Implorantin das vom Gutsherrn ertheilte Meyerrecht, auf längst Leib längst Gut, nicht genommen, noch ihren zweyten Mann der Meyerbrief versaget werden kan, da seine Untüchtigkeit dem Hofe vorzustehen, imgleichen daß die Imploranten die Gebäude verfallen lassen, und sich um die Zupflanzung der Bäume und Zuziehung des Viehes nicht bekümmert haben, unerwiesen ist, solchenfalls auch vermöge der Constitution von 1699 Cap. I. §. 8. eine halbjährige Loskündigung geschehen, und der Meyer verwarnet werden muß, daß er, wenn keine Besserung erfolget, den Hof zu räumen gehalten seyn solle, woran es bisher mangelt, so sind Imploranten bey dem Meyerhofe qu. zu schützen, und die Imploraten schuldig, dem Ehemann einen Meyerbrief zu ertheilen, sie könten denn dessen Untüchtigkeit binnen 4 Wochen rechtlicher Gebühr erweisen, und ergehet sodann ferner was Rechtens.

(a) Meine *Comm. de Jure villicorum Cap.* 3. §. 17. und deren *Acc.* 28.

CXCIII. Bedenken.

Welche das Lehn betreffende Documenta von den Allodial-Erben oder Gläubigern des Vasallen, den Lehnfolgern abzuliefern sind.

Nach dem Tode eines Lehnträgers, begehrte der ihm im Seniorat folgende Vasall, daß dessen die Lehne und Registratur im Besitz habende Gläubiger sämtliche solche Lehne betreffende Documente, Schriften und Urkunden, ihnen sub fide juramenti ausliefern solten. Solches wurde auch durch zwey Erkentnisse denenselben auferleget, aber nicht bestimmet, was eigentlich für Lehnsdocumente zu halten. Dieses sind nun allein die Documenta communia (a), nemlich diejenige, so die Lehnträger selbst, oder durch andere zum Besten der Mitbelehnten und Lehnsfolger ihren Pflichten gemäß aufgezeichnet, angenommen und bewahret haben, insonderheit die Lehns-Designationes (b), wegen des Lehns erhaltene Resolutiones des Lehnsherrn und der Lehncammer, auch die errichtete Verträge, über die bezahlte Lehnwaaren empfangene Quitungen und dergleichen.

Wenn hingegen z. E. mit dem weiblichen Geschlecht, oder auch den Gläubigern des Vasallen darüber gestritten worden, was Lehn oder Erbe ist, so gehören die deswegen verhandelten Acten nicht zu den Lehnsdocumenten, maßen wenn gleich der Vasall in solchen Rechtshändeln etwas für Lehne ausgegeben, um die Ablagen der Schwestern zu verringern, oder die Subhastation eines versezten Stücks abzuwenden, solches dem Lehnsherrn und Lehnsfolger nicht zu statten kömt (c). Dergleichen Documente gehören den Allodialerben eigenthümlich, und sie sind, wenn es an andern Beweis fehlet, nach des Vasallen Tode, als Beklagte solche zu ediren unverbunden, und also vielmehr bey dessen Lebzeiten er selbst und seine Gläubiger, welche in desselben Platz treten (d). Es wurden daher die angeführte Erkentnisse

(a) Meine *Accessiones ad Comment. de Jure villicorum Access.* 41.

(b) S. oben *pag.* 159.

(c) von PUFENDORF *Tom. I. Obs.* 121. §. 8. BURI von Baurengütern *Sect.* 5. *num.* 4. *pag.* 52. 53.

(d) Meine *Commentation de Jure villicorum Cap.* 5. §. 18.

CXCVI. Bedenken.

Fideicommißgüter darf kein Erbe veräußern, wenn gleich solches im Testament nicht ausdrücklich verboten worden.

In einem Testamento reciproco conjugum ist versehen, daß wenn beyde Eheleute mit Tode abgegangen seyn würden, alsdenn sowol des Mannes als der Frauen Freunde sich zugleich in ihren Nachlaß theilen, ehe und bevor aber davon nichts zu fordern, berechtiget seyn sollen. Nach der Frauen Tode widerrief der Wittwer diesen lezten Willen, und sezte seine Braut Meviam zur Erbin ein. Daß solches die Rechte erlauben, halten die mehreste Rechtslehrer dafür (a), und hieraus folgert man, daß die Erbschaft getheilet werden müsse (b), mithin es nicht darauf ankomme, was dem Mann oder der Frau eigenthümlich gehöret hat, sondern daß sowol jenes als dieser Erben die Halbscheid gebühre (c). Es erklärte sich aber Mevia der Frauen Eingebrachtes heraus zu geben, und deren Erben nahmen dieses Erbiethen an. Als man jedoch unter dem Eingebrachten verschiedenes fande, welches der Mann theils verkaufet, und theils seiner Braut geschenket hatte, so weigerte sich diese solches der Frauen Erben zu vergüten, und wolte behaupten, es sey keine Substitutio fideicommissaria vorhanden, welche Veräußerungen ungültig machet, sondern den Anverwandten gebühre nur, was nach beyder Eheleute Tode übrig geblieben wäre.

Allein

Allein es ist allerdings der Erbe mit einem Fideicommiß beschweret, wenn im Testament verordnet worden, daß nach der Eheleute Absterben ihre Erben den Nachlaß unter sich theilen sollen (d), und verstehet sich von selbst, daß Fideicommißgüter nicht veräußert werden dürfen, mithin ist es unerheblich, daß solches im Testament nicht ausdrücklich verboten worden (e). Dieses enthält kein Wort, woraus man schließen könte, daß den Anverwandten allein das übrigbleibende gewidmet sey. Ihnen wird nur untersaget, von den Eheleuten etwas zu fordern, mithin sollen diese den Genuß des Vermögens Zeitlebens behalten, welcher ihnen verbleibet, wenn sie gleich nichts veräußern dürfen. In STRECKERS Dissert. de Fideicommisso sub clausula quidquid post mortem superfuerit relicto §. 28. wird gemeldet, daß obwol in einem Testamento reciproco, wie das in Frage befangene ist, dem überlebenden Ehegatten erlaubet war, mit den Vermögen eigenen Gefallens zu schalten, dennoch das Chur-Sächsische Appellationsgericht der Erbin nur Quadrantem zuerkand hat. Allerdings gebühret auch der Mevia die Quarta Trebellianica (f), und ihr wurde solche zuerkand, die Vergütung der von dem Mann veräußerten und verschenkten Sachen, derselben aber in erster und zweyter Instanz auferleget.

(a) CARPZOV *Part. III. Const. VII. Def.* 21. STRYK *de Cautelis testamentorum Cap.* 24. §. 21. HARPPRECHT *de Reciproci testamenti inter conjuges sed coacti revocatione* §. 6. STREIT *de Testamentis conjugum reciprocis eorumque revocatione th.* 28. WILLENBERG *de Testamentis conjugum reciprocis* §. 27. *Decisiones Hasso-Cassellanæ Dec.* 43. *num.* 7. *Dec.* 44. *num.* 28.

(b) Bona conjugis utriusque confusa erunt, ita ut pro uno patrimonio habeantur, nulla distinctione inter ea, quæ mariti, & quæ uxoris fuerunt. MEVIUS *ad Jus Lubec. Part. II. Tit. I. Art.* 10. *num.* 14. LEYSER *Spec.* 359. *Med.* 6.

(c) Es ziehet jedoch diese Meinung in Zweifel TEXTOR *Dec. Palat.* 45. *num.* 3., und hält nicht ohne Grund dafür, Testamenta conjugum reciproca intelligenda esse sensu disjuncto, ut vir post mortem intelligatur instituisse suos cognatos, non uxoris, uxor iterum suos

non viri, quia nec viri cognati sunt cognati uxoris, nec cognati uxoris sunt cognati viri, sed tantum affines. Auch LEYSER erfordert d. l. daß es fast unmöglich falle, beyde Verlassenschaften zu separiren.

(d) MEVIUS *d. l. num.* 9. 10. THIELE *de Restitutione hereditatis fideicommissariae th.* 8. WILLENBERG *de Testamentis conjugum reciprocis* §. 27.

(e) BOEHMER *Tom. III. Part. III. Resp.* 609. *num.* 20. 21.

(f) BERGER *in Philocaliis fori p.* 117. von PUFENDORF *Tom. II. Obs.* 80. §. 17.

CXCVII. Bedenken.

Wegen desjenigen, was vor geschehener Ceßion der Güter des Schuldners einem Gläubiger zum Nachtheil der ältern von ihm bezahlet worden, kan dessen Competenz nicht angegriffen werden.

Zu der Zeit als Titius sein Unvermögen gestunde, alle ihn druckende Schulden abzuführen, und bey der Landesregierung um ein Moratorium ansuchte, bezahlte er einige Gläubiger, welchen kein Vorzug vor andern unbezahlten gebührte. Die leztere begehrten daher, daß er von der demselben zuerkandten Competenz ersetzen solle, was ihnen entzogen war. Selbige kan jedoch nur Schulden halber angegriffen werden, welche nach der geschehenen Ceßion vom Cridario gemachet sind (a). Daß auch solches wegen der Zahlungen zu verstatten, die der Schuldner imminente concursu unerlaubter Weise gethan, ist nirgend in den Rechten versehen. Die Ceßion befreyet den Cridarium von allen Ansprüchen, welche zu selbiger Zeit gegründet waren. Die Gläubiger müssen daher ihre Schadloshaltung von denjenigen zu erlangen suchen, welche das ihnen Gebührende empfangen haben (b). In dem gegenwärtigen Fall hoffete der Schuldner zur

Zeit

Zeit der Zahlung den Concurs zu vermeiden. Er war der Rechte unkundig, und wuste nicht, daß durch die von ihm erpressete Vergnügung einiger Gläubiger andern zu nahe geschahe. So wenig wenn der Cridarius jemand verleitet, kurz vor entstandenen Concurs, auf eine sub hypotheca bonorum ausgestellte Verschreibung ihm Credit zu geben, die Chirographarii ihre Bezahlung von der Competenz begehren können, obwol ihnen dadurch sowohl geschadet worden, als den ältern Gläubigern, wenn jüngere vor ihnen vergnüget sind, so wenig können solches die leztere thun.

(a) MANZIUS *in Patrocinio debitorum Decad. III. Quæst.* 7. *n.* 141.

(b) MOLLENBEC *de Abusu cessionis bonorum* §. 6.

CXCVIII. Bedenken.

Von Fleischzehenden.

Die Zehendpflichtige zu N. beschwereten sich darüber, daß der Zehendherr 1) von allen vorhandenen Kälbern das erste Stück nach dem Besten nehmen wolle, da ihm doch nur das Zehende gebühre. Auch fordere er 2), wenn auf einer Hofstelle zwey oder drey Ferken wären, dennoch eines, und wenn sich gar keine fünden, 6 gr. an Gelde. Es laufe aber wider die Natur der Sache, den Zehenden von denjenigen zu geben, was überall nicht vorhanden ist. 3) Wäre von jeder Zucht Gänse, es mögten deren viele oder wenig seyn, bisher nur ein Stück entrichtet, welches auch ferner geschehen solle, weil die junge Gänse nicht füglich gezählet, und zu Register gesetzet werden könten. Die Leute weigerten sich aber die von ihnen geforderten 6 gr. zu bezahlen, wenn sie keine haben. Auch wollten selbige 4) die Kälber, Ferken und Gänse, nicht auf Michaelis, die Füllen aber auf Bartholomäi, sondern das zehende Kalb, wenn es drey Tage, die Zehend-

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strube, David Georg, 1694-1776

David Georg Struben Königl. Großbritannischen und Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Canzley-Direktoris Rechtliche Bedenken

Bd.: Vierter Theil.

Hannover 1783

4 Jur.opp. 48 m-4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10521769-8
VD18 9090723